

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO



TESIS DOCTORAL

La confesión precedida de la obtención inconstitucional de fuentes de prueba

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR

PRESENTADA POR

Jaime Campaner Muñoz

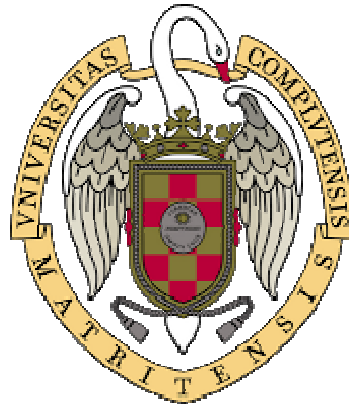
Directores

Isabel Tapia Fernández
Fernando Gascón Inchausti

Madrid, 2015

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

DOCTORADO EN DERECHO PROCESAL



TESIS DOCTORAL

***La confesión precedida de la obtención
inconstitucional de fuentes de prueba***

Autor: Jaime Campaner Muñoz

Directores: Dra. Isabel Tapia Fernández

Dr. Fernando Gascón Inchausti

ÍNDICE

CAPÍTULO I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DE LA EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA

1.1. PLANTEAMIENTO.....	6
1.1.1. <i>Dos casos para reflexionar</i>	6
1.1.1.1. <i>Caso primero</i>	6
1.1.1.2. <i>Caso segundo</i>	8
1.1.2. <i>Planteamiento de la cuestión</i>	11
1.2. PRECISIONES CONCEPTUALES.....	11
1.3. EL ARTÍCULO 11.1 DE LA LOPJ.....	14
1.4. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL.....	17
1.5. OBJETO DE ESTA TESIS DE INVESTIGACIÓN.....	28

CAPÍTULO II. LA REGLA DE EXCLUSIÓN Y LA DOCTRINA DE LOS FRUTOS DEL ÁRBOL ENVENENADO

2.1. INTRODUCCIÓN.....	32
2.1.1. <i>El nacimiento en los Estados Unidos de América</i>	32
2.1.2. <i>La evolución y el debate en España</i>	34
2.2. EL PROBLEMA DE LA CONEXIÓN.....	46
2.2.1. <i>Planteamiento</i>	46
2.2.2. <i>La teoría de la conexión de antijuridicidad y la teoría penalista de la imputación objetiva: tan cerca y a la vez tan lejos</i>	56

2.3. EXCEPCIONES A LA INEFICACIA DE LA PRUEBA REFLEJA.....	59
2.3.1. <i>Excepción del descubrimiento inevitable</i>	61
2.3.2. <i>Excepción de la fuente independiente</i>	72
2.3.3. <i>¿Hallazgo casual?</i>	76
2.3.4. <i>Excepción del nexo causal atenuado: la confesión informada y voluntaria del inculcado como paradigma (remisión)</i> ...	85

CAPÍTULO III. LA CONFESIÓN DEL INCULPADO

3.1. DELIMITACIÓN DEL TEMA.....	98
3.2. REGULACIÓN LEGAL.....	99
3.3. EL DEBATE EN LA DOCTRINA CIENTÍFICA.....	101
3.4. EL DEBATE EN LA JURISPRUDENCIA.....	102
3.5. TOMA DE POSTURA.....	102
3.6. PRECISIONES CONCEPTUALES: DISTINCIÓN ENTRE INTERROGATORIO Y CONFESIÓN.....	105
3.7. NATURALEZA JURÍDICA DE LA DECLARACIÓN DEL INCULPADO.....	106
3.8. DERECHOS FUNDAMENTALES DEL INCULPADO.....	108
3.8.1. <i>El pretendido “derecho a mentir”</i>	109
3.8.2. <i>El autoencubrimiento impune</i>	115
3.8.3. <i>La voluntariedad de la declaración del inculcado como requisito de validez</i>	117
3.9. LA RELEVANCIA DE LA CONFESIÓN.....	122

3.9.1. Declaraciones autoincriminatorias	123
3.9.1.1. Análisis crítico del valor conferido a las denominadas “manifestaciones espontáneas”	130
3.9.1.2. Una mirada hacia los Estados Unidos de América	135
3.9.2. Declaraciones heteroincriminatorias	143
 CAPÍTULO IV. LA CONFESIÓN PRECEDIDA DE PRUEBA ILÍCITA	
4.1. LA CONFESIÓN COMO FRUTO DE UN ÁRBOL ENVENENADO	156
4.2. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL	158
4.2.1. Tesis del Tribunal Constitucional	158
4.2.2. Tesis del Tribunal Supremo	159
4.2.3. Tesis del Tribunal Europeo de Derechos Humanos	167
4.3. TOMA DE POSTURA	168
4.3.1. Imposibilidad relativa	169
4.3.2. Imposibilidad absoluta	169
4.3.3. Vuelta a lo general	171
4.4. EFECTOS JURÍDICOS DE LA CONFESIÓN VOLUNTARIA E INFORMADA: PROPUESTAS REPARADORAS	181
4.5. LA PREVISIBLE RESISTENCIA DE LOS TRIBUNALES A LA ACEPTACIÓN DE LAS PROPUESTAS REPARADORAS	187
4.5.1. Los argumentos contenidos en la STS 870/2012	191
4.5.2. Los razonamientos contenidos en la SAP de Palma de Mallorca, Secc. 2ª, 60/2012	198
4.5.3. Nuestra conclusión	198

CAPÍTULO V. EL MOMENTO PROCESAL PARA DECIDIR ACERCA DE LA EXCLUSIÓN

5.1. STATU QUO.....	207
5.1.1. <i>Procedimiento Ordinario</i>.....	209
5.1.2. <i>Procedimiento Abreviado</i>.....	209
5.1.3. <i>Tribunal del Jurado</i>.....	211
5.1.4. <i>Enjuiciamiento Rápido</i>.....	211
5.1.5. <i>Proceso penal de menores</i>.....	212
5.1.6. <i>Juicio de Faltas</i>.....	212
5.2. LA POLÉMICA.....	214
5.3. TOMA DE POSTURA.....	221
5.3.1. <i>La fase de instrucción</i>.....	223
5.3.2. <i>La audiencia saneadora</i>.....	225
5.3.3. <i>La sentencia</i>.....	227
5.4. LA INCIDENCIA DEL MOMENTO PROCESAL EN LA CONFESIÓN.....	234
VI. CONCLUSIONES.....	251
VII. RESUMEN EN INGLÉS (<i>ABSTRACT</i>).....	262
VIII. RESEÑA DE JURISPRUDENCIA.....	268
IX. BIBLIOGRAFÍA.....	297

CAPÍTULO I

PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DE LA EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA

1.1. PLANTEAMIENTO

1.1.1. *Dos casos para reflexionar*

1.1.1.1. *Caso primero*

El día 1 de junio de 2006, Lucas fue detenido por la Guardia Civil de un municipio de Mallorca porque, supuestamente, habría violado la intimidad de su ex mujer, la cual, pese a reconocer que sus respectivas viviendas se hallaban a escasos metros y que existía contacto visual entre el salón de esta última y la cocina de Lucas, denunció que desde el mes de abril de 2006 éste le enviaba mensajes de texto a su teléfono móvil cada vez que mantenía relaciones sexuales con un tercero (estas relaciones tenían lugar en el sofá del salón).

Ya en la Comandancia de la Guardia Civil, el detenido autorizó que se practicara una entrada y registro en su domicilio, mas tal autorización tuvo lugar en ausencia de Abogado. En cualquier caso, la Guardia Civil acudió al domicilio de Lucas en compañía de este último y los agentes descubrieron que en el televisor de su vivienda podía visualizar en tiempo real lo que sucedía en el salón de su ex mujer, merced a la instalación de una cámara y un transmisor de de señal audiovisual en un aparato descodificador TDT que, una vez manipulado en el sentido indicado, Lucas le había regalado a la denunciante.

Rendido ante la evidencia física de los hallazgos, Lucas confesó los hechos tanto en su declaración policial como ante el Juzgado de Instrucción en funciones de Guardia, admitiendo que, al no haber superado la ruptura de

su relación con la denunciante, con ánimo de descubrir la vida personal y sexual de esta última, violó su intimidad.

En el año 2007 tuvo lugar el juicio en su contra, interesando el Ministerio Fiscal la imposición de una pena de tres años de prisión, así como de una elevada multa, al considerarlo criminalmente responsable de un delito contra la intimidad.

En el trámite previsto en el artículo 786.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante, LECrim.), su Letrado defensor planteó la vulneración de sus derechos fundamentales a la asistencia letrada y a la inviolabilidad domiciliaria (el consentimiento del detenido se había obtenido sin la preceptiva asistencia letrada), interesando, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 11.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ, en lo sucesivo), la expulsión de todo el material incriminatorio obtenido directa e indirectamente con vulneración de los expresados derechos fundamentales.

La Juez de lo Penal resolvió *in voce*, estimando parcialmente la cuestión previa al declarar ilícita la obtención de fuentes de prueba materiales, mas remitiendo al momento del dictado de la sentencia para decidir acerca de la eventual exclusión de la declaración autoincriminatoria de Lucas. En el juicio oral, el acusado se acogió a su derecho a no declarar.

Ya en la sentencia, la juzgadora decidió excluir también la declaración sumarial de Lucas, mas le condenó como autor responsable de un delito contra la intimidad, imponiéndole la pena de un año y seis meses de prisión, así como una multa más moderada que la interesada por el Ministerio Fiscal. La Juez estimó probados todos y cada uno de los hechos que venían siendo objeto de acusación, con todo lujo de detalles (por ejemplo, que Lucas visualizaba las relaciones sexuales de su ex pareja desde el televisor de su vivienda), con base única y exclusivamente en la declaración testifical de la víctima en el juicio oral.

Interpuesto recurso de apelación contra la expresada sentencia, la Sala de lo Penal de la Audiencia Provincial confirmó la resolución, a pesar de reconocer que no era posible declarar probado que, mediante la instalación, el acusado lograba visualizar en el televisor de su vivienda, con un receptor de imagen, en tiempo real, lo que sucedía en el domicilio de su mujer.

¿Pudo resistir la juzgadora el impacto psicológico de las fuentes de prueba inconstitucionalmente obtenidas?, ¿tuvo el acusado la posibilidad de que a la juzgadora le asaltara una mínima duda razonable acerca de si era inocente o culpable?, ¿se representó la juzgadora como razonable la alternativa divergente no inculpativa consistente en que el acusado observara desde la ventana de su cocina y no desde su televisor?, ¿habría sido de otro signo el fallo si la Juez encargada del enjuiciamiento hubiera recibido las actuaciones procedentes del Juzgado de Instrucción ya debidamente expurgadas y sin rastro de lo ilícitamente obtenido?

1.1.1.2. Caso segundo

En el seno de una investigación por tráfico de sustancias estupefacientes iniciada en verano de 2011, la Policía Nacional de Ibiza solicitó al Juez de Instrucción una resolución judicial para intervenir las conversaciones que mantuviera Miguel a través de su teléfono móvil, aportando meras sospechas, corazonadas y conjeturas, accediendo a ello el órgano judicial por remisión al oficio policial.

Fruto de la observación telefónica habilitada judicialmente y de sus sucesivas prórrogas los investigadores descubrieron que Miguel se dedicaba a la venta a terceros de pequeñas dosis de cocaína, averiguando, asimismo, que cada miércoles recibía una importante partida de dicha sustancia, que custodiaba en su domicilio. Por ello, la Policía solicitó a la autoridad judicial la entrada y registro del mismo, autorizándolo el Juez de Instrucción. Merced al expresado registro, Miguel fue sorprendido con un kilogramo de cocaína de elevada pureza, mientras preparaba dosis individuales para su venta; asimismo, se halló en su dormitorio un pasaporte italiano con la fotografía de Miguel y una identidad falsa.

Miguel no creyó posible defenderse, resultándole más que evidente que había sido sorprendido manipulando el objeto material del delito que se le imputaba y en posesión un pasaporte falso, siendo, asimismo, informado de que había sido grabado negociando diversas ventas a clientes por teléfono. Así, en cuestión de horas confesó tanto en su declaración policial como ante el Juez de Instrucción que, efectivamente, se venía dedicando a la venta de sustancias estupefacientes y que utilizaba para sus desplazamientos en avión una identidad falsa. El Juez acordó su inmediato ingreso en prisión preventiva.

Una vez el Abogado defensor tuvo acceso a las actuaciones (que dejaron de ser secretas al día siguiente del ingreso en prisión de su cliente), consideró que se había vulnerado el derecho al secreto de las telecomunicaciones del Miguel, al carecer el Auto habilitante de una mínima motivación, por lo que solicitó que, al amparo de lo previsto en el artículo 11.1 LOPJ, se declarara la nulidad de todo lo obtenido directa e indirectamente merced a las escuchas ilegales; paralelamente, interesó la modificación de su situación personal, al haberse obtenido los indicios en su contra gracias a diligencias de investigación vulneradoras de derechos fundamentales. Tanto el Juzgado de Instrucción como la Audiencia Provincial decidieron que la eventual ilicitud probatoria debía ser resulta en juicio y no en fase de instrucción, concluyendo, además, que debido a la gravedad de la pena que pudiera serle impuesta, existía riesgo de que Miguel se fugara y no compareciera al juicio oral.

En otoño de 2012 dio comienzo el juicio oral, planteando nuevamente la Defensa de Miguel, al amparo del artículo 786.2 LECrim. la vulneración de derechos fundamentales que venía invocando desde los compases inaugurales del procedimiento, interesando la nulidad de todo el acervo probatorio de cargo propuesto por el Ministerio Fiscal en su escrito de conclusiones provisionales, al derivar única y exclusivamente del acto de investigación lesivo del derecho fundamental al secreto de las telecomunicaciones. Comoquiera que el Tribunal decidió que la cuestión planteada se resolvería en sentencia, tan pronto como comenzó el

interrogatorio de Miguel por parte del Ministerio Fiscal, aquél reconoció, una vez más, los hechos de los que venía siendo objeto de acusación. Durante el interrogatorio, el representante del Ministerio Público le exhibió el pasaporte falso, así como fotografías de la sustancia estupefaciente hallada en su domicilio. Asimismo, solicitó la audición de las cintas en las que se contenían diversas conversaciones telefónicas que incriminaban claramente a Miguel, reconociendo éste su voz, así como el contenido de las mismas.

En la sentencia, la Audiencia Provincial acogió la tesis de la Defensa, considerando que todo el acervo probatorio existente contra Miguel había sido obtenido directa o indirectamente vulnerando su derecho fundamental al secreto de las telecomunicaciones, entendiendo, sin embargo, que su confesión en el acto del juicio oral era suficiente para desvirtuar su presunción de inocencia, de tal manera que le condenó como autor responsable de un delito contra la salud pública y otro de falsedad documental, imponiéndole ocho años de prisión y sendas multas de elevado importe.

El Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación interpuesto por la Defensa de Miguel, considerando, asimismo, que su confesión en el juicio oral, debidamente asistido de Letrado, enervó su presunción de inocencia, de suerte que el acusado admitió la veracidad de las acciones que se le imputaban.

¿Habría confesado Miguel de haber sabido que las pruebas de cargo serían declaradas ilícitas?, ¿se habría decretado y/o mantenido su ingreso en prisión preventiva si se hubieran expulsado en fase de instrucción las fuentes de prueba inconstitucionalmente obtenidas?, ¿se habría acordado el sobreseimiento de las actuaciones por inexistencia de indicios racionales de criminalidad contra Miguel de haberse expulsado el expresado material en fase de instrucción?, ¿habría acusado el Fiscal en este último caso (de no haberse decretado el sobreseimiento)?, ¿si el Tribunal hubiera resuelto la cuestión previa con carácter previo al interrogatorio del acusado éste habría confesado?, ¿habría sido, en este último caso, necesaria la continuación del juicio?, ¿habría solicitado la Policía la intervención de las telecomunicaciones

del sospechoso con base en meras sospechas, corazonadas y conjeturas carentes de valor informativo si supieran sus agentes que el día de mañana aquél resultaría absuelto por su deficiente modo de operar?

1.1.2. Planteamiento de la cuestión

Como puede intuirse de los problemas suscitados en los casos expuestos, en el presente trabajo se pretende analizar la incidencia que tiene en la diligencia de prueba de confesión del inculcado la prevención contenida en el artículo 11.1 LOPJ. Sabido es que el expresado precepto regula las consecuencias de la obtención de fuentes de prueba vulnerando derechos y libertades fundamentales. Y sabido es, asimismo, la dificultad que entraña, a los efectos probatorios, la diligencia de declaración del imputado, por las peculiaridades propias de esta diligencia de prueba que merece un tratamiento también peculiar. Las distintas opiniones científicas, y las diversas declaraciones jurisprudenciales existentes al respecto nos han inducido a realizar este estudio, que pretende exponer la situación existente en la actualidad, analizando la cuestión desde su origen; y reflexionar sobre el tratamiento en el proceso penal de la confesión del imputado obtenida con violación de derechos fundamentales; para, finalmente, apoyados en nuestra reflexión y estudio, proponer la solución que mejor se adecue a los fines del proceso y de la Justicia, sin menoscabo de ningún derecho fundamental.

1.2. PRECISIONES CONCEPTUALES

Con carácter preliminar, se hace preciso aclarar que, aunque el artículo 11.1 de la LOPJ haga alusión a la obtención de “pruebas” y sea el común denominador de los trabajos sobre la obtención inconstitucional de fuentes de prueba referirse a éstas como “pruebas”¹, lo que en puridad se obtiene en la actividad investigadora de delitos a cargo del Estado² son “fuentes de prueba”³.

¹ Baste con acudir a la relación bibliográfica incluida en el presente trabajo para constatar que los títulos de todas las obras sobre la materia utilizan el concepto “prueba”.

² Huelga tal vez recordar que en el proceso penal se ventilan intereses públicos e indisponibles, de tal manera que rigen los principios de oficialidad y necesidad y, corolario de

En efecto, ya CARNELUTTI⁴ distinguió entre fuentes y medios de prueba, considerando que la fuente de prueba sería el hecho del cual se sirve el Juez para adquirir la verdad, mientras que el medio de prueba consistiría en la actividad del Juez desarrollada en el proceso. Así, por ejemplo, para el expresado autor, el medio de prueba sería el testigo y la fuente lo declarado por el mismo.

SENTÍS MELENDO⁵ simplificó el pensamiento *carneluttiano* afirmando que las fuentes son “*los elementos que existen en la realidad*” y los medios están constituidos por “*la actividad para incorporarlos al proceso*”, precisando que la fuente es “*un concepto metajurídico, extrajurídico o a-jurídico, que corresponde forzosamente a una realidad anterior y extraña al proceso*”, mientras que el medio es “*un concepto jurídico y absolutamente procesal*”. De este modo, la fuente existirá con independencia del nacimiento o no del proceso, de su existencia misma, a pesar de que hasta que no llegue a él la existencia de la fuente carecerá de repercusiones jurídicas; el medio nacerá y se formará sólo en el proceso. “*Buscamos las fuentes; y, cuando las tenemos, proponemos los medios para incorporarlas al proceso*”⁶.

Siguiendo con el ejemplo de CARNELUTTI, para SENTÍS el razonamiento sería el siguiente: el testigo y su conocimiento de los hechos existen antes del proceso (se trata de la fuente de prueba) y el testimonio, su declaración, se produce en el proceso (es el medio de prueba). En

lo anterior, el Estado pone los medios precisos para llevar a cabo la investigación y, en su caso, realizar el *ius puniendi* del que de modo exclusivo y excluyente deviene titular.

³ Y de ahí el título del presente trabajo.

Con mayor rigor que en el actual artículo 11.1 LOPJ, en el artículo 13.1 del Borrador de Anteproyecto de Código Procesal Penal presentado el pasado día 25 de febrero de 2013 en el Ministerio de Justicia (en adelante, BBACPP) se alude a la exclusión de “*informaciones o fuentes de prueba*” obtenidas, directa o indirectamente, con vulneración de derechos fundamentales.

⁴ CARNELUTTI, F., *La prueba civil*, Trad. de N. Alcalá-Zamora, Depalma, Buenos Aires, 1982, pp. 67 a 102 y 195 a 201.

⁵ SENTÍS MELENDO, S., *La prueba. Los grandes temas del derecho probatorio*, Ejea, Buenos Aires, 1978, pp. 150 a 158.

⁶ A esta búsqueda de fuentes de prueba a la que se refería SENTÍS con carácter general es la que en la investigación de delitos lleva a cabo el Estado obteniendo, en ocasiones, hallazgos con vulneración de derechos fundamentales del investigado y será, por tanto, objeto de nuestra atención, sin perjuicio de que, por una cuestión de agilidad, vayamos a referirnos indistintamente a fuentes de prueba y pruebas.

conclusión, para este autor, en opinión que compartimos, *las fuentes representan lo pre-procesal, lo pre-existente, lo pre-constituido; mientras los medios son lo procesal, aquello que se constituye en el proceso; esto es, la exteriorización de las fuentes o su manifestación en los autos*⁷.

Así pues, la fuente de prueba, una vez obtenida, se incorporará (o no) al proceso a través del medio de prueba correspondiente para convencer al órgano jurisdiccional acerca de la realidad de una afirmación de hecho controvertida y lograr así que se declare probada⁸. En esta línea, MIRANDA ESTRAMPES⁹ ha definido la prueba procesal como *“aquella actividad del juzgador, posterior a la averiguación de los hechos relevantes para el proceso, consistente en la comprobación de la exactitud de las afirmaciones fácticas realizadas por las partes procesales en sus escritos de alegaciones, mediante su comparación con las afirmaciones obtenidas a través de los diferentes medios de prueba practicados, a instancia de las partes o, en su caso, de oficio por el Juez, encaminada a formar su convicción”*.

También con carácter previo, y en términos muy generales, se ha de advertir que, en el proceso penal, el concepto de “prueba” hace referencia – además de a los expresados “fuente” y “medio”- al objetivo o meta final que persigue la actividad probatoria -el convencimiento del juzgador-, así como al resultado de tal actividad; esto es, a la determinación de la certeza o no de una proposición. Y, en este sentido, precisamente por los principios y garantías que enraízan el proceso penal, elementales exigencias derivadas del derecho fundamental a la presunción de inocencia determinan que la prueba de cargo llamada a destruirla sea practicada en un juicio oral con

⁷ En esta línea, más recientemente, MONTERO AROCA, J., *La prueba en el proceso civil*, Civitas, Navarra, 2005, p. 133 y 137, considera que para hallar respuesta a con qué se prueba se hace preciso distinguir entre lo que ya existe en la realidad (fuente de prueba) y cómo se aporta al proceso para lograr el convencimiento del Juez (medio de prueba).

⁸ Como expresa la STS núm. 279/2003, de 12 de marzo, dictada en el conocido caso Wanninkhof, *“elemento de convicción” no es lo mismo que fuente y ni siquiera que medio de prueba. Así, en la testifical, fuente de prueba es el sujeto que declara; medio de prueba, el acto de oírle contradictoriamente en declaración; y elemento probatorio (o, en la fórmula legal [artículo 61.1 d) de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado], “elemento de convicción”, en su caso, aquello de lo declarado que se estime convincente, con fundamento, y sirva para integrar el hecho probado o bien como base de una ulterior inferencia”*.

⁹ MIRANDA ESTRAMPES, M., *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, José María Bosch Editor, Barcelona, 1997, p. 102.

todas las garantías¹⁰. En efecto, el Tribunal Constitucional (en adelante, TC) tiene declarado que *“las diligencias sumariales son actos de investigación encaminados a la averiguación del delito e identificación del delincuente (art. 299 de la LECrim), que no constituyen en sí mismas pruebas de cargo, pues su finalidad específica no es la fijación definitiva de los hechos para que éstos trasciendan a la resolución judicial, sino la de preparar el juicio oral, proporcionando a tal efecto los elementos necesarios para la acusación y defensa y para la dirección del debate contradictorio atribuido al juzgador”* (SSTC núm. 217/1989, de 21 de diciembre; y 40/1997, de 27 de febrero). No obstante, como tendremos ocasión de exponer más adelante (singularmente, en lo relativo a la declaración del imputado en fase sumarial), la práctica ha rebasado con creces los contornos establecidos por la doctrina constitucional¹¹.

1.3. EL ARTÍCULO 11.1 DE LA LOPJ

Una vez hechas las anteriores precisiones, continuaremos este trabajo realizando una exposición, necesariamente breve pero a nuestro juicio imprescindible, de lo que el artículo 11.1 de la LOPJ ha querido regular.

Del estudio del *íter* parlamentario del artículo 11.1 LOPJ¹² se desprende cuál fue el criterio seguido por el legislador para delimitar el concepto de la prueba ilícita: el restrictivo que estableció el TC en su Sentencia núm. 114/1984, de 29 de noviembre, que circunscribió dicho concepto a aquella prueba obtenida vulnerando un derecho o libertad fundamental. Puede, pues, afirmarse que el legislador se limitó a trasvasar a

¹⁰ Vid. la STC núm. 31/1981, de 28 de julio, y todas las que la han seguido de modo constante y sin fisuras en el plano teórico (por todas, la STC núm. 142/2012, de 2 de julio).

¹¹ En este sentido, ANDRÉS IBÁÑEZ, P., “Sobre el valor de la inmediación (una aproximación crítica)”, *Jueces para la democracia. Información y debate* núm. 46, marzo de 2003, pp. 58 y 59, ha acertado concluyendo –de modo tan crudo como realista– que la referida regla general *“ha sido universalmente desoída en la práctica jurisdiccional, al extremo de que la verdadera historia del juicio oral durante más de 150 años es, en gran parte, la de su sistemática derogación”*

¹² Sobre la génesis y sentido del precepto, *vid.*, ampliamente y con conocimiento de causa en cuanto que participó activamente en su redacción, DE LA OLIVA SANTOS, A., “Sobre la ineficacia de las pruebas ilícitamente obtenidas”, en DE LA OLIVA SANTOS, A., *Escritos sobre Derecho, Justicia y Libertad*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2006, pp. 190 a 194.

la Ley Orgánica la doctrina contenida en dicha resolución, que será tratada más adelante¹³. Cabe, sin embargo, advertir que no es cuestión del todo pacífica ni en la doctrina científica ni en la jurisprudencia constitucional (que ha omitido posicionarse claramente al respecto)¹⁴ la circunscripción de la regla contenida en el artículo 11.1 LOPJ a los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional -postura que sostenemos¹⁵, en coherencia y armonía con la superprotección que nuestro Ordenamiento les confiere-, mas la mayoría de la doctrina se ha inclinado por esta última interpretación¹⁶. Así, la verdad material no podría alcanzarse a cualquier

¹³ *Vid., infra*, Capítulo II.

¹⁴ Algo más claro se ha mostrado el Tribunal Supremo (TS, en lo sucesivo). Así, ya en su Sentencia de 29 de marzo de 1990 distinguió entre prueba “ilícita” y prueba “irregular”, considerando que *“cuando el origen de la ilicitud de la prueba se encuentra en la violación de un derecho fundamental, no hay ninguna duda de que tal prueba carece de validez en el proceso y los Tribunales habrán de reputarla inexistente a la hora de construir la base fáctica en que haya de apoyarse una sentencia condenatoria. Otra cosa, quizá, haya que decir cuando la ilicitud sea de rango inferior, en cuyo supuesto es posible que tenga que prevalecer el principio de verdad material, debiendo hacerse en cada caso una adecuada valoración de la norma violada en consideración a su auténtico y real fundamento y a su verdadera esencia y naturaleza”*.

¹⁵ Y por ello ya en el título del presente trabajo hemos optado por referirnos a la obtención “inconstitucional” (que no meramente ilegal) de fuentes de prueba, sin perjuicio de que, a lo largo del texto, vayamos a utilizar indistintamente la terminología más comúnmente aceptada (prueba “ilícita”).

¹⁶ Las diversas posiciones doctrinales a este respecto aparecen expuestas de modo muy claro en CHOCLÁN MONTALVO, J.A., “La prueba videográfica en el proceso penal: validez y límites”, *Revista del Poder Judicial* núm. 38, junio de 1995. En síntesis, el autor distingue hasta tres posiciones doctrinales: 1ª) La de quienes circunscriben exclusivamente la prueba ilícita a los casos en que resulten vulnerados los derechos fundamentales recogidos en la Sección 1ª, Capítulo II, Título I de la CE, considerando que sólo cuando los derechos individuales alcanzan una intensidad suficientes su fuerza podrá imponerse al interés de la persecución penal, lo que únicamente sucede cuando se trata de derechos fundamentales; 2ª) La de quienes consideran indiferente el rango del derecho vulnerado por el desconocimiento de las normas reguladoras de la obtención y práctica de la prueba, concluyendo, pues, que toda infracción de las normas procesales en la materia implica el desconocimiento de los arts. 24.2 y 14 CE (derechos fundamentales a un proceso con todas las garantías y a la igualdad de partes); y 3ª) La de aquellos que consideran que la violación de un derecho fundamental determina la aplicación de la regla de exclusión y que en los casos de vulneración de la legalidad ordinaria debe atenderse a criterios de proporcionalidad, intentando conciliar los intereses en conflicto. CHOCLÁN, pese al tenor literal del art. 11.1 LOPJ, se adscribe a esta última línea de pensamiento, de suerte que la captación del verdadero significado de la prueba ilícita en nuestro Derecho exige conectar las vulneraciones de legalidad ordinaria con el concepto de proceso con todas las garantías reconocido en el art. 24.2 CE que postula ALMAGRO NOSETTE, J., “Comentarios al artículo 24”, en *Constitución Española de 1978: comentarios a las leyes políticas*, Tomo III, Edersa, Madrid, 1983 (cit. por CHOCLÁN MONTALVO, *ibidem*): la consideración de este precepto como una garantía de carácter general y residual en la que se acogen las que no están determinadas específicamente en el art. 24 CE, lo que comportaría una constitucionalización de todas las garantías establecidas por la legislación ordinaria, orgánica y procesal, en cuanto sean acordes con los fines constitucionales.

precio (vulnerando derechos y libertades fundamentales), pero la misma, en tanto que deviene un bien jurídico constitucionalmente protegido que hallaría su encaje en el valor Justicia proclamado en el artículo 1.1 CE, sí podría conocerse conculcando derechos no fundamentales¹⁷, a pesar de que, como acertadamente ha criticado DE LA OLIVA SANTOS¹⁸, que considera defectuosa la redacción del artículo 11.1 LOPJ, no resulta convincente que la obtención de fuentes de prueba mediante la violación del derecho de propiedad (artículo 33 CE) carezca de fuerza excluyente y sí la tengan las vulneraciones del derecho a la intimidad o del secreto de las telecomunicaciones, pues, aunque estos dos últimos –no así el primero- sean derechos fundamentales, el mismo legislador ha considerado no pocas violaciones del derecho de propiedad tan graves y censurables como la violación de los derechos fundamentales a la intimidad o al secreto de las telecomunicaciones¹⁹.

Por su parte, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA²⁰ afirma que *“al adentrarnos en el campo interpretativo, siempre es la legalidad ordinaria la que debe ser interpretada desde la óptica constitucional, y no por el contrario las disposiciones constitucionales desde el punto de vista de la ley ordinaria. De tal manera, que por ello la Ley Orgánica citada [la LOPJ] no puede ser un límite al ámbito de aplicación de la doctrina de la prueba ilícita. Los límites de ésta vendrán dados por la Constitución pero no por la Ley Orgánica. Es de gran interés (...) que la Ley Orgánica haya recogido, aunque sea con excesivo laconismo, el problema, pero su referencia a la violación de los*

¹⁷ En este sentido, PICÓ I JUNOY, J., “El derecho a la prueba en el proceso penal. Luces y sombras”, en *Estudios sobre prueba penal* (Dir. ABEL LLUCH, X. y RICHARD GONZÁLEZ, M.), Volumen I, La Ley, Madrid, 2010, p. 58, concluye que no existe interdicción del resto de las pruebas, esto es, las ilegales, sin perjuicio de la responsabilidad civil, penal o disciplinaria en que haya podido incurrir el agente infractor.

¹⁸ DE LA OLIVA SANTOS, A., “Sobre la ineficacia...”, *op. cit.*, p. 201.

¹⁹ Y, en efecto, el autor realiza una comparación entre el robo (art. 240 CP) y las escuchas ilegales (art. 197.1 CP), más concretamente de sus penas, demostrativa de que el legislador ha considerado que entraña similar gravedad un robo con fuerza en las cosas (uno a tres años de privación de libertad) que una escucha ilegal (uno a cuatro años de privación de libertad, más multa).

²⁰ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*, Akal, Madrid, 1989, p. 142.

derechos o libertades fundamentales no deben servir como pretexto para excluir otros derechos y libertades no fundamentales”.

Como hemos avanzado, y aunque sería deseable que el precepto de constante referencia comprendiera también la violación de derechos no fundamentales, consideramos que no es viable llevar a cabo una interpretación extensiva del expresado artículo, no sólo por coherencia con la tesis que vamos a sostener a lo largo del presente trabajo (en síntesis, que no proceden ni se sostienen las “excepciones” jurisprudenciales a lo dispuesto en el artículo 11.1 LOPJ), sino también –y principalmente- porque el expresado precepto es claro y terminante al concretar y exigir el carácter fundamental del derecho vulnerado para que opere la regla de exclusión probatoria.

El artículo 11.1 LOPJ establece de manera contundente que *“no surtirán efecto en juicio las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando derechos o libertades fundamentales”*. Se consagra, pues, la denominada regla de exclusión, cuyos destinatarios últimos son los Jueces y Magistrados. En efecto, éstos no van a poder siquiera tomar en consideración²¹ cualquier elemento obtenido, directa o indirectamente, violando algún derecho fundamental.

1.4. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL

En lo que no hay unanimidad doctrinal es en precisar qué derecho fundamental se considera lesionado con la obtención, aportación y valoración de pruebas ilícitas; esto es, cuál es el fundamento de la regla de exclusión establecida en el artículo 11.1 LOPJ.

²¹ Más aún: como se verá en el Capítulo V del presente trabajo, deberán expulsar, esto es, excluir materialmente el resultado de lo inconstitucionalmente obtenido de modo inmediato, al no tratarse de una prohibición de valoración (en juicio, como limitación al principio de libre valoración consagrado en el artículo 741 LECrim.), sino de una regla de exclusión que puede y debe operar antes del enjuiciamiento.

a) Si, como señala SERRA DOMÍNGUEZ²², la nulidad absoluta de un acto procesal se produce siempre que el mismo adolezca de una circunstancia esencial fijada en las leyes de procedimiento como absolutamente indispensable para que el acto produzca sus efectos normales, la imperativa redacción del precepto objeto de comentario determina la inexorable nulidad de los actos que atenten contra la misma. Estamos, según la tesis que se va a sostener en este trabajo, ante la proyección y concreción en el plano de la legalidad del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías consagrado en el artículo 24.2 de nuestra Constitución: nadie puede ser imputado²³, procesado, juzgado ni, menos aún, condenado si no lo es en virtud de pruebas válidamente obtenidas. Se establecen, pues, límites en la investigación penal: en palabras de BELING²⁴, el Fiscal y el Juez *"no están en la afortunada situación en la cual se encuentra el investigador científico, quien puede investigar libremente y no ex vinculis"*²⁵. En suma, lo que este autor denominó "prohibición de prueba" introduce en el derecho probatorio un elemento externo al no permitir posibilidad alguna de que se prueben los hechos de cierta forma. La prohibición de prueba -dice BELING- *"cierra un camino que puede ser efectivamente viable y llevar con seguridad a la meta"*²⁶.

Como destaca GÓMEZ COLOMER²⁷, valorar judicialmente en el proceso una prueba prohibida significa que se están ignorando las garantías

²² SERRA DOMÍNGUEZ, M., "Ineficacia de los actos procesales", *Estudios de Derecho Procesal*, Ariel, Barcelona, 1969, p. 461.

²³ Ni, por tanto, sufrir medidas cautelares.

²⁴ BELING, E., "Las prohibiciones de prueba como límite a la averiguación de la verdad en el proceso penal", conferencia pronunciada en 1.903, recogida en VV.AA., *Las prohibiciones probatorias*, Temis, Bogotá, 2009, p. 3.

²⁵ A pesar de que la doctrina procesalista española clásica –*vid.*, FENECH NAVARRO, M., *El proceso penal*, Ed. Agesa, Madrid, 1978, p. 108- ha destacado las concomitancias entre la labor del juez y la del historiador en la medida en que ambos reconstruirían unos hechos pasados, el segundo, al igual que el investigador científico y a diferencia del juez, puede investigar y/o formar convicción libremente (no en el sentido de que pueda hacerlo de modo caprichoso, arbitrario o irrazonable, sino en el sentido de que no se halla vinculado por prohibiciones a la hora de reconstruir).

²⁶ BELING, E., "Las prohibiciones...", *op. cit.*, p. 7.

²⁷ GÓMEZ COLOMER, J.L., "La evolución de las teorías sobre la prueba prohibida aplicadas en el proceso español: del expansionismo sin límites al más puro reduccionismo. Una meditación sobre su desarrollo futuro inmediato", en GÓMEZ COLOMER, J.L. (Coord.),

constitucionales sobre las que se sustenta el propio proceso, particularmente el penal, esto es, que se está atacando directamente el derecho al proceso con todas las garantías del artículo 24.2 CE, o principio del proceso debido o justo²⁸. En esta línea, MIRANDA ESTRAMPES²⁹ ha señalado que la teoría de la prueba ilícita presenta unas claras implicaciones y connotaciones constitucionales, identificando en la regla de exclusión, más allá de su componente ético, un origen constitucional³⁰, sosteniendo que el propio reconocimiento del Estado constitucional de Derecho, caracterizado, en la concepción de FERRAJOLI³¹, por la funcionalización de los poderes públicos en aras a la salvaguarda de los derechos fundamentales y la consagración constitucional de éstos sería el verdadero fundamento de la tan traída regla.

b) Por otra parte, existen autores³² que, en abierta contradicción con la jurisprudencia mayoritaria emanada del Tribunal Constitucional (en adelante, TC) desde su Sentencia núm. 49/1999, de 5 de abril³³, defienden que la

Prueba y proceso penal. Análisis especial de la prueba prohibida en el sistema español y en el derecho comparado, Tirant lo Blanch Tratados, Valencia, 2008, p. 111.

²⁸ No está de más recordar, con BUSTOS RAMÍREZ, J.J., y HORMAZÁBAL MALARÉE, H., *Lecciones de Derecho Penal*, Trotta, Madrid, vol. I, 1997, p. 72, que quizá sea el proceso penal el escenario en el que más claramente se manifiesta la antinomia individuo-Estado y, por tanto, el lugar más idóneo para observar el grado de profundización democrática de dicho Estado, de suerte que en él están en juego sus derechos y libertades. Y, precisamente por ello, en un Estado social y democrático de Derecho, el proceso debe realizarse bajo condiciones especiales de garantía que se han formulado bajo el principio del proceso debido.

²⁹ MIRANDA ESTRAMPES, M., "La prueba ilícita: la regla de exclusión probatoria y sus excepciones", *Revista Catalana de Seguretat Pública*, núm. 22, Barcelona, mayo de 2010, p. 131 a 151.

³⁰ En contra, con argumentos ciertamente solventes, DE LA OLIVA SANTOS, A., "Sobre la ineficacia...", *op. cit.*, pp. 198 y 199, afirma que no ha encontrado "pese a serios esfuerzos, un sólido argumento ex Constitutione que reclame, como necesidad de coherencia con la norma fundamental, excluir de cualquier proceso los instrumentos probatorios obtenidos con vulneración de los derechos y libertades públicas y, menos aún, con violación de normas constitucionales distintas de las que reconocen y establecen esos derechos y libertades".

³¹ FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 1995, pp. 537 y ss.

³² *Vid., ad exemplum*, GIMENO SENDRA, V., *Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional*, Colex, 1ª edición, 2007, pp. 479 a 484.

³³ Que, con apoyo en la STC 114/1984, razona que la interdicción procesal de las pruebas ilícitamente adquiridas se integra en el contenido del derecho a un proceso con todas las garantías del art. 24.2 CE, "en la medida en que la recepción procesal de dichas pruebas implica «una ignorancia de las garantías propias del proceso», comportando también «una inaceptable confirmación institucional de la desigualdad entre las partes en el juicio (art. 14 CE), desigualdad que se ha procurado antijurídicamente en su provecho quien ha recabado instrumentos probatorios en desprecio de los derechos fundamentales de otro»". En cuanto a

interdicción procesal de la prueba ilícitamente obtenida halla su encaje constitucional en el derecho fundamental a la presunción de inocencia plasmado también en el artículo 24.2 CE³⁴. Y, ciertamente, no puede negarse que este derecho, en su vertiente principal³⁵, esto es, como regla de juicio, resultará afectado si se propone, admite y valora prueba inconstitucionalmente obtenida, fundándose la condena, en todo o en parte, en la expresada prueba, pero nótese que es ya con la incorporación al proceso y/o proposición y admisión³⁶ cuando se consuma la violación principal: la del derecho fundamental al proceso con todas las garantías. No obstante lo cual no parecería descabellado sostener³⁷ que padecería también el derecho a la presunción de inocencia en su proyección residual, es decir, como regla de tratamiento del imputado en los términos desarrollados en la STC núm. 109/1986, de 24 de septiembre (en síntesis, entendida la presunción de inocencia como derecho a recibir la consideración y el trato de no autor o partícipe en hechos de carácter delictivo, lo que determina, por ende, el derecho a que no se apliquen las consecuencias o los efectos jurídicos anudados a hechos de tal naturaleza en las relaciones jurídicas de todo tipo). Pero parece que la presunción de inocencia, en la expresada vertiente, no goza del suficiente desarrollo ni autonomía propia como para sostener un edificio tan pesado como el de la regla de exclusión probatoria,

la alusión al principio de igualdad de armas, no puede perderse de vista que, como enseña GIMENO SENDRA, *ibídem*, p. 459, dicho principio constituiría una de las garantías esenciales del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías, por lo que no gozaría de la autonomía que parece deslizarse en la resolución trascrita.

³⁴ No lo ha entendido así el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en lo sucesivo, TEDH). *Vid.* STEDH de 12 de julio de 1988, caso *Schenk* c. Suiza. En esta resolución, el Tribunal Europeo consideró que la prueba ilícita pudiera incluirse en el derecho a la presunción de inocencia reconocido en el art. 6.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, CEDH), en cuanto que el mismo no incorpora el régimen de admisión de pruebas. Así, concluyó que el derecho a que la culpabilidad se establezca en el marco de un proceso garantizado legalmente se incardina mejor en la idea de proceso equitativo (*équitable*).

³⁵ O, si se quiere, en la vertiente más desarrollada, es decir, la que más atención ha recibido por parte de la doctrina científica y jurisprudencial.

³⁶ Decisión que, paradójicamente, no es recurrible. En este sentido, y proponiendo que se tenga en cuenta tal paradoja en una futura reforma de la LECrim., GONZÁLEZ MONTES, J.L., "La prueba ilícita", *Persona y Derecho*, vol. 54 (2006), Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, p. 367.

³⁷ Pero, hasta donde alcanzamos, ni la doctrina científica ni la jurisprudencia emanada del TS y del TC han construido el fundamento de la regla de exclusión probatoria sobre la base de la presunción de inocencia como regla de tratamiento, sino que lo han cimentado en la expresada presunción como regla de juicio.

en cuanto que la propia doctrina constitucional se ha encargado de restar relevancia a su proyección como regla de tratamiento³⁸ al no reconocer su emancipación de los derechos fundamentales consagrados en el artículo 18 CE (fundamentalmente, del derecho al honor), lo que determinó que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH), condenara a España en su Sentencia de 28 de junio de 2011, caso *Lizaso Azconobieta c. España*³⁹.

Con todo, una lectura apresurada de la jurisprudencia del Tribunal Supremo (en lo sucesivo, TS) en lo que a los límites del control casacional respecta cuando se denuncia la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia puede haber contribuido al incorrecto encaje de la prohibición de utilización de la prueba ilícita en el expresado derecho fundamental. Así, entre otras muchas, la STS núm. 686/2013, de 29 de julio, declara que, dada la estructura y fines del extraordinario recurso de casación, el TS debe limitarse a verificar que existió y se practicó prueba de cargo en la instancia (prueba existente) y que ésta se obtuvo y aportó al proceso con las garantías exigidas por la Constitución y las leyes procesales (prueba lícita). Por su parte, la STS núm. 661/2013, de 15 de julio, enumera entre los supuestos de lesión de la presunción de inocencia aquel en el que se sustancie condena *“con la base de unas pruebas no válidas, es decir ilícitas por vulnerar otros derechos fundamentales”*. En similares términos, la más reciente STS núm. 166/2014, de 28 de febrero, declara que el control casacional del respeto a la presunción de inocencia *“exige como primer paso depurar el cuadro probatorio para expulsar de él la prueba ilícita (por violar derechos fundamentales)”*.

³⁸ En efecto, en resoluciones posteriores a la STC 109/1986, el TC ha minimizado la importancia de la concepción de la presunción de inocencia también como regla de tratamiento, ensalzando su vertiente de regla de juicio, momento procesal en el que alcanzaría realmente su esplendor y gozaría de autonomía propia (*vid.* SSTC 166/1995, de 20 de noviembre y 244/2007, de 10 de diciembre).

³⁹ *Vid.* el comentario de GASCÓN INCHAUSTI, F., “Lizaso Azconobieta c. España (STEDH de 28 de junio de 2011). Dimensión extraprocesal de la presunción de inocencia y derecho al honor”, en VV.AA., *Conflicto y diálogo con Europa. Las condenas a España del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, ALCÁCER GUIRAO, BELADÍEZ ROJO y SÁNCHEZ TOMÁS (Coords.), Civitas, Madrid, 2013, pp. 351 a 383.

c) Una posición interesante es la que adopta ASECIO MELLADO⁴⁰, el cual, apartándose de las anteriores teorías, fundamenta la prueba ilícita en los derechos materiales exclusivamente; esto es, en el propio derecho fundamental vulnerado, con un régimen propio, no identificado con ninguno de los derechos contemplados en el artículo 24 CE. El autor reside así el fundamento de la regla de exclusión en el propio derecho fundamental violado en cada caso (inviolabilidad domiciliaria, intimidad, secreto de las comunicaciones, etc.), de suerte que el mismo derecho, su eficacia, impondría la exclusión de toda prueba obtenida con infracción de sus elementos esenciales.

Desde nuestro punto de vista, su sugerente tesis envuelve una aporía (en el sentido etimológico del término, no filosófico), ya que, en realidad, nos está situando en un estadio anterior, a nuestro juicio en modo alguno incompatible con la fijación del fundamento constitucional de la regla de exclusión en el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías⁴¹. Y es que la violación de cada derecho material se consumaría con la ilegítima injerencia y, en un momento ulterior (ya en fase de agotamiento de la conculcación, con su eventual⁴² incorporación y, en su caso, mantenimiento en el proceso), padecería el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías. Todo ello resulta más fácilmente perceptible desde el momento en que la prueba inconstitucionalmente obtenida pudiera producir, directa o indirectamente, efectos procesales tales como la imputación o la adopción de

⁴⁰ Una síntesis de su postura puede verse en ASECIO MELLADO, J.M., "Otra vez sobre la exclusión de las pruebas ilícitas en fase de instrucción penal (Respuesta al Prof. Gimeno Sendra)", *Diario La Ley*, núm. 8.026, Sección Doctrina, La Ley, 19 de febrero de 2013.

⁴¹ Y es que, a pesar de que el autor afirme que fundamentar la regla de exclusión probatoria en el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías requeriría establecer una nueva garantía no contemplada expresamente en el artículo 24 CE, en nuestra opinión, el reconocimiento del expresado derecho fundamental no puede considerarse tan vacío de contenido como se pretende, de suerte que no puede perderse de vista que el mismo debe ser integrado con muchas otras proclamaciones constitucionales como la voluntad constituyente de consolidar un Estado de Derecho que asegure el imperio de la ley (Preámbulo), la constitución de nuestro país como un Estado social y democrático de Derecho que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico, entre otros, la libertad y la justicia (artículo 1.1), el sometimiento de los poderes públicos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico (artículo 9.1), la responsabilidad e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (artículo 9.3), así como el respeto a la ley y a los derechos de los demás (artículo 10.1).

⁴² Y decimos eventual porque no tiene por qué llegar a producirse.

medidas cautelares⁴³. En una tercera etapa, de sustanciarse condena con base *exclusivamente* en la prueba ilícita, cabría hablar de una violación en cascada, en cuanto que también padecería el derecho fundamental a la presunción de inocencia⁴⁴. De este modo, se aprecia claramente que una cosa es la injerencia inconstitucional, que afectaría a la médula del derecho fundamental lesionado en cada caso con su mera restricción; otra su incorporación misma al proceso y, en su caso, la producción de efectos procesales⁴⁵, que cercenaría el derecho a un proceso con todas las garantías; y, por último, otra muy distinta la utilización de prueba inconstitucional para enervar la verdad interina de inculpabilidad que supone la presunción de inocencia como regla de juicio⁴⁶.

Si bien se mira, se trata de tres etapas sucesivas que serían inauguradas con la violación secuencial de los tres grupos de derechos fundamentales expuestos, cuyo protagonismo irá perdiéndose y difuminándose, bien que sin llegar a desaparecer, a medida que se cambia de etapa. Queremos decir con ello que nos hallaríamos ante una realidad poliédrica, en la que se apreciarían distintas patologías interrelacionadas entre sí, pero cuya piedra de toque no sería sino la afectación del derecho a un proceso con todas las garantías⁴⁷, en cuanto que un proceso no puede ser

⁴³ Lo que, adicionalmente, como se ha visto, afectaría, aunque con menor intensidad, al derecho a la presunción de inocencia como regla de tratamiento, y, a su vez, en caso de que los indicios racionales de criminalidad contra el imputado en orden a decretar su prisión preventiva o restringir su libertad derivaran de prueba inconstitucionalmente obtenida, se vería afectado también el derecho fundamental a la libertad (artículo 17.1 CE).

⁴⁴ Y matizamos que exclusivamente porque si, eliminadas las pruebas directa e indirectamente obtenidas con vulneración de derechos fundamentales, existieran otras pruebas de cargo válidas e independientes, *"podrá suceder que, habiéndose vulnerado el derecho a un proceso con todas las garantías, la presunción de inocencia no resulte, finalmente, infringida"* (STC núm. 81/1998, de 2 de abril). En sentido similar se expresan, entre otras, las SSTC núm. 138/2001, de 18 de junio y 149/2001, de 27 de junio.

⁴⁵ Lo que, adicionalmente, como se ha visto, afectaría, aunque con menor intensidad, al derecho a la presunción de inocencia como regla de tratamiento.

⁴⁶ Que sería vulnerada automáticamente junto con el derecho fundamental sustantivo y el derecho a un proceso con todas las garantías en los casos en que, prescindiendo de la prueba ilícita, exista un vacío probatorio (SSTC núm. 86/1995, de 6 de junio, 239/1999, de 20 de diciembre, 8/2000, de 17 de enero y 205/2002, de 11 de noviembre, entre otras).

⁴⁷ Derecho al que, como recuerda GIMENO SENDRA, V., *Los derechos fundamentales...*, op. cit., p. 459, el TC le ha otorgado una suerte de función de "cajón de sastre" en el que tienen cabida todos los derechos fundamentales de incidencia procesal que no puedan ser subsumidos en los demás derechos del artículo 24 CE.

justo⁴⁸ ni equitativo (el debido proceso) si en su seno se incorporan elementos inconstitucionalmente obtenidos⁴⁹. Nótese, además, que este derecho siempre entrará en juego cuando pensemos en la prueba ilícita y no así los derechos materiales eventualmente afectados, en cuanto que no necesariamente se incorporarán al proceso los resultados obtenidos con su violación, como tampoco el derecho a la presunción de inocencia como regla de juicio, en la medida en que la prueba inconstitucionalmente obtenida no siempre accederá al juicio oral ni tiene por qué ser siempre valorada efectivamente en sentencia y, menos aún, fundarse exclusivamente la condena en pruebas ilícitas. De este modo, se observa cómo la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías constituiría un *prius* lógico a la eventual violación de la presunción de inocencia como regla de juicio⁵⁰.

d) Por último, de modo minoritario, en algunas sentencias el TC ha sostenido que el concepto de "medios de prueba pertinentes" que aparece en el artículo 24.2 CE pasa a incorporar, sobre su contenido esencialmente técnico-procesal, un alcance también sustantivo en virtud del cual nunca podría considerarse "pertinente" un instrumento probatorio obtenido con violación de derechos fundamentales (SSTC núm. 114/1984, de 29 de noviembre; 49/1996, de 26 de marzo; y 70/2002, de 3 de abril). Ahora bien, a nuestro juicio, pertinencia y licitud son atributos de la prueba que poco tienen

⁴⁸ Vid., MARTÍN PASTOR, J., VV.AA. (Dir. y Coord.: ORTELLS RAMOS, M. y TAPIA FERNÁNDEZ, I.) *El Proceso Penal en la Doctrina del Tribunal Constitucional (1981-2004)*, Thomson Aranzadi, Aranzadi, Navarra, 1ª edición, 2005, p. 598, donde sostiene que la regla de exclusión probatoria se halla "orientada a garantizar un proceso justo".

⁴⁹ En esta línea, en la STC 81/1998, de 2 de abril, se afirma que "la valoración procesal de las pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales «implica una ignorancia de las "garantías" propias del proceso (art. 24.2 de la Constitución)» (SSTC 114/1984, fundamento jurídico 5.º y 107/1985 [RTC 1985\107], fundamento jurídico 2.º) y en virtud de su contradicción con ese derecho fundamental y, en definitiva, con la idea de «proceso justo» (TEDH, Caso Schenk contra Suiza, Sentencia de 12 julio 1988, fundamento de derecho 1, A) (TEDH 1988\4) debe considerarse prohibida por la Constitución".

⁵⁰ Parece apoyar este razonamiento la STC 81/1998, de 2 de abril, cuando establece que en aquellos casos en los que la discusión gravita sobre el carácter reflejo o no de determinadas pruebas, el TC debe analizar "dos pasos que, por más que en realidad pueden hallarse [...] íntimamente unidos, son lógicamente separables: en primer lugar, habremos de precisar si la valoración de tales pruebas ha vulnerado el derecho a un proceso con todas las garantías para, en segundo lugar y en consecuencia, decidir si la presunción de inocencia ha sido o no quebrantada". De lo que, a nuestro juicio, se desprende que el TC no podrá siquiera entrar a analizar si se ha violentado la presunción de inocencia merced a la valoración de pruebas inconstitucionalmente obtenidas si no verifica, en primer lugar, que, efectivamente, éstas han sido utilizadas en juicio.

que ver: si pertinente es lo oportuno y adecuado, esto es, lo que atañe (*pertinet*) al *thema decidendi*, al objeto fáctico cuya certeza se persigue con la prueba (en suma, la idoneidad objetiva de una prueba para la acreditación de hechos relevantes); licitud hace referencia a la obtención de la fuente de prueba con respeto al canon de legalidad constitucional exigible, así como a su aportación al proceso de acuerdo con el canon de legalidad ordinaria y bajo la égida de los principios que rigen la práctica de la prueba en el juicio oral (contradicción, inmediación, publicidad e igualdad). Como señala MARTÍN PASTOR⁵¹, apoyar la inadmisibilidad de las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales en el derecho a los medios de prueba pertinentes no es correcto, en cuanto que *"la parte que invoca este último derecho es la parte que -habiéndose propuesto una prueba pertinente sin resultar admitida o, habiéndose admitido sin resultar practicada- está interesada en su admisión o práctica, mientras que la inadmisibilidad de las pruebas ilícitas es alegada siempre por la parte interesada en privar de valor probatorio a dichas pruebas, por haberse obtenido de la vulneración de un derecho fundamental"*. Cuestión distinta es que la indebida exclusión de pruebas por su errónea consideración como ilícitas y/o la excesiva extensión de sus efectos reflejos incida en el derecho a la tutela judicial efectiva de la Acusación que se ve privada de su utilización, de tal manera que será por la vía de la violación del expresado derecho fundamental a través de la cual deberá articular su recurso⁵².

Sin perjuicio de que en otros lugares de este trabajo vaya a volverse sobre el encaje constitucional de la regla de exclusión y se vaya a analizar su tratamiento procesal con cierto detenimiento, repárese, aquí y ahora, en que la inclusión de la regla de referencia en un derecho fundamental u otro tiene relevantes consecuencias prácticas, de suerte que la infracción del derecho a un proceso con todas las garantías encierra un vicio *in procedendo* cuyo

⁵¹ MARTÍN PASTOR, J., *El Proceso Penal...*, op. cit., pp. 568 y 569.

⁵² *Vid., ad exemplum*, la STS núm. 343/2012, de 30 de abril, que estima el recurso de casación del Ministerio Fiscal, articulado por el cauce del artículo 5.4 LOPJ por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, al haber excluido indebidamente el Tribunal de instancia la resultancia de diversas intervenciones telefónicas al considerar que éstas se obtuvieron violando el derecho fundamental al secreto de las telecomunicaciones reconocido en el artículo 18.3 CE.

restablecimiento por el TC provocará la nulidad y la retroacción de las actuaciones al momento anterior a la formulación de acusación⁵³ (por todas, STC, Pleno, núm. 184/2003, de 23 de octubre), mientras que la vulneración de la presunción de inocencia como regla de juicio, en tanto que vicio *in iudicando*, será reparada por el TC mediante la anulación de la sentencia de instancia y, corolario de lo anterior, la libre absolución del condenado (*vid.*, *ad exemplum*, STC núm. 141/2001, de 18 de junio).

En cuanto al sentido remoto de dicha regla, baste aquí con reproducir las palabras del conocido Magistrado del TS de los Estados Unidos de América O. W. Holmes, en su voto disidente con respecto a la Sentencia del caso *Nardone* en 1939⁵⁴:

“Es menos importante que algunos criminales eludan la acción de la Justicia que los oficiales utilicen métodos incompatibles con los patrones éticos y que resultan destructores de la libertad personal (...) La regla de exclusión no concede a las personas más que aquello que la Constitución les garantiza, y no concede a la policía menos que aquello para lo que faculta el honesto ejercicio de la ley”.

Como plásticamente expresa FERNÁNDEZ ENTRALGO⁵⁵, cuantos se sientan tentados de desencadenar una final guerra sin cuartel contra el infierno de la delincuencia, deberán tener buena cuenta de que, como, con asombro, descubrió el Doctor Fausto: *“... El mismo infierno tiene sus Leyes...”*.

Muy acertadas resultan las palabras contenidas en la reciente STS núm. 84/2014, de 5 de febrero, cuando, con ocasión del análisis del juicio

⁵³ Retroacción que, como matiza ASECIO MELLADO, J.M., "Otra vez sobre la exclusión...", *op. cit.*, únicamente opera cuando, junto a las pruebas ilícitas coexisten otras válidas, directas o indirectas, ilícitas o no, de tal manera que el TC considera que la función de discriminar entre unas y otras debe hacerse con anterioridad a la acusación. Y, asimismo y fundamentalmente, cuando junto a la prueba directamente obtenida con violación de derechos fundamentales, existen otras que derivan indirectamente.

⁵⁴ *Nardone v. U.S.*, 308 U.S. 338 (1939).

⁵⁵ FERNÁNDEZ ENTRALGO, J., "Prueba ilegítimamente obtenida", *Diario La Ley*, 1990, p. 1.206.

crítico que requiere por parte del Juez cualquier solicitud policial cuya autorización implique injerencias en derechos fundamentales, declara que el expresado juicio *“ha de operar con rigor intelectual con una perspectiva ex ante, o sea, prescindiendo metódicamente del resultado realmente obtenido como consecuencia de la actuación policial en cuyo contexto se inscribe la medida cuestionada. Porque este resultado, sin duda persuasivo en una aproximación extrajurídica e ingenua, no es el metro con el que se ha de medir la adecuación normativa de la injerencia. De otro modo, lo que coloquialmente se designa como éxito policial sería el único y máximo exponente de la regularidad de toda clase de intervenciones; cuando, es obvio, que tal regularidad depende exclusivamente de que estas se ajusten con fidelidad a la Constitución y a la legalidad que la desarrolla. Lo contrario, es decir, la justificación ex post, solo por el resultado, de cualquier medio o forma de actuación policial o judicial, equivaldría a la pura y simple derogación del art. 11,1 LOPJ e, incluso, de una parte, si no todo, del art. 24 CE”*.

En definitiva, se suscribe el célebre aforismo de que *“en el proceso penal la verdad no puede alcanzarse a cualquier precio”*⁵⁶. Para GIMENO SENDRA⁵⁷ la doctrina de la eficacia refleja constituye no sólo uno de los medios más eficaces para la tutela de los derechos fundamentales⁵⁸, sino también para proteger al sistema democrático frente al posible surgimiento de los denominados Estados de Policía o autocráticos que, en nombre del orden público o de la eficacia en la lucha contra la delincuencia, suelen acabar

⁵⁶ Por ejemplo, el Tribunal Supremo Federal alemán (BGH), estableció claramente en su Sentencia de 14 de junio de 1960 (BGHS 14, 358, 365) que *“no hay principio alguno del Ordenamiento procesal penal que imponga la investigación de la verdad a cualquier precio”*.

⁵⁷ GIMENO SENDRA, V., “Las intervenciones telefónicas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo”, *Diario La Ley* núm. 4.024, La Ley, 26 de abril de 1996, p. 1.622 *in fine*.

⁵⁸ En el mismo sentido, DE LA OLIVA SANTOS, A., “Sobre la ineficacia de las pruebas...”, *op. cit.*, pp. 199 y 200, considera que *“los fines de un proceso (...) prevalecen sobre la efectividad de los derechos fundamentales”*, pero reconoce que, como opción legislativa, que se considere que ciertas infracciones jurídicas deben conllevar no sólo sanciones directas (sanciones civiles o penales, o de ambas clases), sino también la consecuencia negativa de eliminar el valor procesal de lo que, en sí mismo, constituiría un elemento probatorio, supone contar con armas *“más completas y efectivas”* contra las expresadas infracciones.

cometiendo las mayores violaciones de los derechos humanos⁵⁹. Se descarta, pues, en el Estado democrático de Derecho, el eudemonismo utilitarista propugnado por BENTHAM⁶⁰.

1.5. OBJETO DE ESTA TESIS DE INVESTIGACIÓN

Sentado lo anterior, y partiendo de la base de que somos partidarios de residenciar la prohibición de la prueba inconstitucional en la violación del derecho a un proceso con todas las garantías, será objeto de la tesis de investigación que se defiende el espinoso e interesante tema del alcance de la ineficacia de la prueba ilícita y, más concretamente, su aspecto más problemático, a saber, la prueba refleja. Mas únicamente en el que probablemente sea hoy en día su faceta más polémica: el valor de la confesión precedida de prueba inconstitucionalmente obtenida, que, sin duda alguna, puede considerarse el "tema estrella"⁶¹ de la actual problemática de la prueba ilícita. Y es que la regla de exclusión no se refiere tan sólo a las pruebas obtenidas mediante la conculcación de derechos fundamentales, sino que abarca todas aquellas que, pese a haber sido obtenidas lícitamente, derivan o tienen su origen en las anteriores. Es decir, estaríamos ante una prueba lícita en sí misma pero viciada de inconstitucionalidad en origen, en la medida en que se ha conseguido gracias a los datos o conocimientos adquiridos ilícitamente. Se trata de la doctrina de los frutos del árbol

⁵⁹ En esta línea, GÖSSEL, K.H., "La búsqueda de la verdad en el proceso penal. Aspectos jurídico-constitucionales y político-criminales", *Cuadernos de Política Criminal*, Instituto Universitario de Criminología, Universidad Complutense de Madrid, núm. 45, Edersa, 1991 (Trad. de M. Polaino Navarrete), pp. 675 y 676, afirma que el problema de la prohibición de la prueba viene a encuadrarse en la encrucijada entre los intereses del Estado a un efectivo procedimiento penal, en cuanto comunidad jurídica, y los intereses del individuo a la protección de sus derechos personales. Para este autor, "en el <<Estado-policía>> subsiste el peligro de que se puedan dirigir sus propios ilimitados medios hacia no culpables. La finalidad del combate de la criminalidad resulta contraproducente: la reducción de la criminalidad privada, con la coetánea persecución y punición de inocentes, conduce directamente a la <<criminalidad de Estado>>".

⁶⁰ Vid., BENTHAM, J., *Panóptico*, Círculo de Bellas Artes, Madrid, 2011 (Trad. David Cruz Acebedo). El expresado autor propugna como un punto esencial de su plan para pretendidamente maximizar la felicidad de una sociedad el "ver sin ser visto" (p. 59) o la "tácita omnisciencia" del controlador estatal (p. 63).

⁶¹ En estos certeros términos se refirió al mismo URBANO DE CASTRILLO, E., en "Criterios dominantes sobre la desconexión de antijuridicidad: en el especial, la confesión del acusado", *La Ley Penal: revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, núm. 58, Sección Estudios, La Ley, marzo de 2009, p. 5.

envenenado (*the fruit of the poisonous tree doctrine*, creada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los EEUU), también denominada doctrina de los frutos del árbol emponzoñado o “efecto dominó” (STS de 17 de junio 1994, entre otras).

En un primer nivel de consideración que más adelante matizaremos⁶² debido a una compleja construcción del TC, se deben distinguir los tres conceptos en juego:

a) Prueba *directa*; es el resultado inmediato de la violación de un derecho fundamental.

b) Prueba *derivada* o *refleja*; se trata de una prueba en sí misma lícita, pero que se apoya o deriva de otra de forma inconstitucional.

c) Prueba *independiente* o *autónoma*; no sólo es aquella en sí misma lícita. Es que tampoco tiene conexión causal⁶³ alguna con aquella violación inicial de los derechos fundamentales, de tal modo que si se suprime mentalmente el acto infractor, dicha prueba resulta inalterada.

Se comprenderá fácilmente que no se trata de una distinción baladí, por cuanto únicamente la prueba independiente escapa a la regla de exclusión, deviniendo una prueba perfectamente válida y eficaz en el proceso. Pero su valoración deberá realizarse de modo autónomo, en tanto en cuanto las pruebas contaminadas ni siquiera podrán tomarse en consideración, lo cual hace que surja otra complicación más: el elevado riesgo de valoración por parte del juzgador de las pruebas válidas en función de datos conocidos gracias a una diligencia inconstitucional, aun inconscientemente⁶⁴. Entendemos que este inevitable obstáculo sólo puede sortearse abordando una reforma legislativa en el sentido de que sea un

⁶² Véase *infra* Capítulo II.

⁶³ Es en este punto donde la doctrina del TC exige que, en cierta medida, se corrija lo expuesto en este lugar.

⁶⁴ *Vid.*, MIRANDA ESTRAMPES, M., *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2ª edición, 2004, p. 109 a 113.

nuevo juzgador el encargado de dictar sentencia⁶⁵, en aquellos casos en los que las diligencias inconstitucionalmente obtenidas hayan llegado hasta el juicio oral, si bien ya se avanza que en este trabajo se va a sostener la viabilidad e imperiosa necesidad de expulsar el material contaminado del proceso en fase de instrucción, y, además, lo antes posible. De lo contrario, se quiera o no, el Juez estará en mayor o menor grado influenciado -incluso contaminado- por los resultados de las diligencias nulas, dada su condición humana, que determina la imposibilidad de resistir el impacto psicológico de la prueba ilícita⁶⁶.

Mas esta solución (recuérdese, que dicte sentencia un Juez distinto al que ha estimado la inconstitucionalidad de la prueba), sin mayores aditamentos, presenta inconvenientes insalvables como puede ser la pérdida de inmediación en aquellos supuestos, por lo común frecuentes en la práctica, en los que la violación de derechos fundamentales se constata tras la práctica de la prueba, y, por tanto, en el momento inmediatamente anterior al dictado de la sentencia. Por ello, una buena solución (o la menos mala) sería que, declarada la nulidad -tardía, a nuestro juicio- por el Juez o Tribunal que ha presenciado la práctica de la prueba, sin entrar en el fondo, se retrotraeran las actuaciones hasta el inicio mismo de la vista oral ante un Juez o Tribunal distinto al que se haya pronunciado acerca de la nulidad, expulsando físicamente de los autos todo el material obtenido conculcando derechos fundamentales. Aunque, a nuestro entender, como se ha anunciado y se verá con mayor detenimiento en otro lugar⁶⁷, lo ideal sería que la depuración del material contaminado tenga lugar en la fase de instrucción, se trata, a día de hoy, de una cuestión sumamente controvertida en la doctrina⁶⁸.

⁶⁵ En el mismo sentido, SENTÍS MELENDO, S., *La prueba. Los grandes temas...*, op. cit., pp. 228 y 229.

⁶⁶ MIRANDA ESTRAMPES, M., *El concepto de prueba ilícita...*, op. cit., pp. 99 y 100: "La única forma de garantizar la ineffectividad de las pruebas ilícitas es impedir a toda costa que las mismas puedan incorporarse al proceso a los efectos de evitar todo influjo psicológico en el ánimo del juzgador en el momento de proceder a la valoración del material probatorio".

⁶⁷ *Infra*, Capítulo V.

⁶⁸ De antológico, por lo que se verá en el Capítulo V del presente trabajo, puede calificarse el reciente debate que tuvo lugar entre los Catedráticos de Derecho Procesal GIMENO SENDRA y ASENSIO MELLADO en sucesivas entregas del *Diario La Ley*, iniciada el 31 de

En cualquier caso, ya avanzamos que no nos sustraemos a concluir que al Juez que conoce de una causa en la que son declaradas nulas una o varias diligencias probatorias no debe dársele siquiera la posibilidad de caer en la tentación de emitir un fallo condenatorio basado en material cuya valoración le está vedada. Iremos más allá: en la fase de instrucción tampoco debería dársele la oportunidad de adoptar medidas cautelares contra el imputado, por el riesgo de que la prueba ilícita pudiera hacer mella en su decisión.

Si es ya lugar común la aceptación de que, aun de modo inconsciente, el órgano jurisdiccional no se limitaría a valorar la declaración del acusado, sino que incluiría percepciones como su aspecto externo, su vestimenta, su reacción ante las respuestas que se le formulan, su actitud durante la vista, y todo ello influye en el resultado del proceso⁶⁹, no parece difícil descartar que el Juzgador sea capaz resistir el impacto psicológico de la prueba ilícita.

Una vez que se haya estudiado en el Capítulo II con detenimiento lo que constituye prueba ilícita, en su vertiente también de prueba refleja, se pasará, en los Capítulos III y IV a analizar lo que constituye el grueso de la presente tesis doctoral: la declaración del imputado que reconoce los hechos averiguados de forma inconstitucional.

diciembre de 2012 y finalizada, tras varias réplicas y contrarréplicas, el día 20 de febrero de 2013.

⁶⁹ En estos términos, SERRA DOMÍNGUEZ, M., "El imputado", *Estudios de Derecho Procesal*, Ariel, Barcelona, 1969, p. 692. Y, precisamente, en estas apreciaciones se basa la jurisprudencia para no dar validez de prueba en segunda instancia a las declaraciones del inculcado o cualquier otra fuente de prueba de naturaleza personal, si no se ratifican "físicamente" en una vista en la segunda instancia (*vid., ad exemplum*, SSTC núm. 307/2006, de 15 de noviembre; 15/2007, de 12 de febrero; 129/2011, de 29 de noviembre; 126/2012, de 18 de junio; 88/2013, de 11 de abril; 195/2013, de 2 de diciembre; SSTS núm. 841/2013, de 18 de noviembre; 863/2013, de 19 de noviembre; asimismo, las recientes SSTEDH de 8 de octubre de 2013, *caso Nieto Macero c. España*; 8 de octubre de 2013, *caso Román Zurdo y otros c. España*; 12 de noviembre de 2013, *caso Sainz Casla c. España*).

Sobre este particular, véase TAPIA FERNÁNDEZ, I., *La implantación generalizada de la segunda instancia en el proceso penal. Presente y futuro*, Civitas Thomson-Reuters, Navarra, 2011.

CAPÍTULO II

LA REGLA DE EXCLUSIÓN Y LA DOCTRINA DE LOS FRUTOS DEL ÁRBOL ENVENENADO

2.1. INTRODUCCIÓN

2.1.1. *El nacimiento en los Estados Unidos de América*

La regla de exclusión fue creada por la jurisprudencia⁷⁰ y su origen es estadounidense⁷¹.

En efecto, en 1914 la Corte Suprema Federal de los EEUU determinó, en el denominado caso *Weeks*⁷², la inadmisibilidad de pruebas incriminatorias incautadas en una entrada y registro domiciliario practicado por agentes policiales sin autorización judicial, por atentar la expresada conducta contra la IV Enmienda de la *Bill of Rights*, que proscribe las detenciones y los registros arbitrarios.

⁷⁰ No obstante, como se ha visto, ya en 1.903, antes de que se conformara la figura de la exclusión en la jurisprudencia, BELING pronunciaba su magistral conferencia *Las prohibiciones de prueba como límite a la averiguación de la verdad en el proceso penal*, planteando los problemas fundamentales de la práctica probatoria ilegal y sus posibles soluciones.

Sobre los primeros pasos de la regla de exclusión federal en la Corte Suprema de los Estados Unidos, vid. la obra de FIDALGO GALLARDO, C., *Las "pruebas ilegales": de la exclusionary rule estadounidense al artículo 11.1 LOPJ*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003, pp. 107 y ss., así como el reciente y exhaustivo trabajo de MIRANDA ESTRAMPES, M., "La regla de exclusión en el sistema estadounidense (crónica de una muerte anunciada)", en *Concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal. Especial Referencia a la Exclusionary Rule Estadounidense*, Ubijus, México, 2013, pp. 271 a 313.

Resulta, asimismo, interesante al respecto la obra colectiva *Introducción al proceso penal federal de los Estados Unidos de Norteamérica*, GÓMEZ COLOMER (Coord.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013.

⁷¹ HAIRABEDIÁN, M., destaca en *Eficacia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2ª edición, 2010, p. 25, que el origen de la doctrina de los frutos del árbol envenenado bien puede tener connotaciones bíblicas: "Si el árbol es bueno, su fruto es bueno; si el árbol es malo, su fruto es malo, porque por el fruto se conoce al árbol" (Mateo 12:33); o bien: "Todo buen árbol da buenos frutos, pero el árbol malo da frutos malos. No puede el buen árbol dar malos frutos, ni el árbol malo dar buenos frutos. Todo árbol que no da buen fruto, es cortado y echado al fuego. Así que por sus frutos los conoceréis".

⁷² *Weeks v. United States*, 232 U.S. 383 (1914).

Sin embargo, no fue hasta 1920, en el caso *Silverthorne*⁷³, cuando la Corte Suprema sostuvo por vez primera que la exclusión de fuentes de prueba debía determinar no únicamente la prohibición de utilización directa, sino que también debía alcanzar a los frutos de la fuente de prueba ilícitamente obtenida (eficacia refleja de la prueba ilícita): “*The essence of a provision forbidding the acquisition of evidence in a certain way is that no merely evidence so acquired shall not be used before the Court but that it shall not be used at all*”.

Más adelante, en el caso *Rochin*⁷⁴, la Corte Suprema aplicó la regla de exclusión con fundamento en el derecho al debido proceso reconocido en la XIV Enmienda, destacando la gravedad de la actuación policial (en este caso no se veía afectada la IV Enmienda). Se trató de un supuesto en el que el sospechoso que iba a ser detenido se tragó varias cápsulas de sustancia estupefaciente a fin de que los agentes policiales no obtuvieran evidencia alguna en su contra. No obstante, los agentes le golpearon, llegando incluso a saltar sobre su estómago a fin de que vomitara las cápsulas, aunque con magro resultado. A continuación, llevaron al sospechoso a un Hospital, donde un Médico previamente instruido por los agentes procedió a administrarle por la fuerza un vomitivo, logrando los agentes policiales, esta vez sí, la obtención de las deseadas fuentes de prueba, que, tras el juicio oral celebrado en contra de *Rochin*, determinaron su condena. Pero, como se ha avanzado, la Corte Suprema, amén de criticar duramente los métodos policiales, aplicó la *exclusionary rule* y, por ende, revocó la condena.

Un punto de inflexión fue el que marcó la Corte Suprema en la decisión adoptada en el caso *Mapp*⁷⁵, ya que, hasta entonces, la regla de exclusión se venía aplicando exclusivamente para con las fuentes de prueba obtenidas por parte de agentes federales con miras a su utilización en procesos penales también federales⁷⁶. Sin embargo, en *Mapp* la Corte

⁷³ *Silverthorne Lumber Co. v. United States*, 251 U.S. 385 (1920).

⁷⁴ *Rochin v. California*, 342 U.S. 165 (1952).

⁷⁵ *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643 (1961).

⁷⁶ *Vid.* la resolución del caso *Wolf v. Colorado*, 338 U.S. 25 (1949).

consideró una exigencia de la XIV Enmienda (el debido proceso) la exclusión de las fuentes de prueba obtenidas con violación de las garantías reconocidas en la IV Enmienda. Pocos años después, en el caso *Miranda*⁷⁷ (que será objeto de análisis detallado más adelante), la Corte Suprema extendió la regla de exclusión a los supuestos de obtención de fuentes de prueba merced a la violación de los derechos reconocidos en la V Enmienda (en síntesis, el derecho a no declarar contra sí mismo).

Vemos, pues, cómo la *exclusionary rule* fue concebida como un mecanismo con un indiscutible anclaje constitucional. Pero –y esto es algo sobre lo que volveremos una y otra vez en el presente trabajo–, a partir de la resolución del caso *Calandra* la Corte Suprema atribuyó a la regla de exclusión la naturaleza de simple remedio de creación judicial (*judicial remedy*) ideado en aras a la salvaguarda de algunos derechos (esencialmente, los consagrados en la IV Enmienda), con carácter general a través de su efecto disuasorio (*deterrence effect*), esto es, la prevención de futuras conductas policiales inconstitucionales.

2.1.2. La evolución y el debate en España

En España, la regla de exclusión fue tratada por primera vez en la famosa STC núm. 114/1984, de 29 de noviembre. Ésta, sin basarse en un precepto legal concreto -que, en cualquier caso, no existía-, sino en los derechos fundamentales proclamados por nuestra *lex suprema*, estimó que "*la admisión en el proceso de una prueba ilícitamente obtenida implicará infracción del artículo 24.2 de la Constitución, porque una prueba así obtenida no es una prueba pertinente*"⁷⁸.

En esta Sentencia el TC distinguió entre la infracción de normas infraconstitucionales y la conculcación de derechos fundamentales, aparejando tan sólo a esta última la sanción de nulidad. Y ello con base en la

⁷⁷ *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966).

⁷⁸ Recuértese, en cualquier caso, que, como ya se ha visto *supra*, la jurisprudencia del TC que encuadra la regla de exclusión en el derecho fundamental a la utilización de los medios de prueba "pertinentes" es minoritaria y, a nuestro juicio, incorrecta.

privilegiada posición e inviolabilidad de los derechos y libertades fundamentales (artículo 10.1 CE).

Esta postura de absoluta repulsa a los medios probatorios obtenidos con vulneración de derechos o libertades fundamentales, que se mantuvo, asimismo, en la STC núm. 105/1985, de 7 de octubre, vino a configurarse como Derecho positivo en el ya citado artículo 11.1 LOPJ. Nótese, empero, que ninguna de las mentadas resoluciones formula la doctrina de los frutos del árbol envenenado, pues la misma no tuvo lugar hasta la STC 85/1994, de 14 de marzo. En esta Sentencia, el TC declara sin efecto toda prueba que tenga *“derivación inmediata de la prueba inconstitucional”*. De este modo, puesto que la diligencia de intervención telefónica acordada lo fue mediante resolución judicial (providencia) *“ayuna de toda motivación”* y sin fijación de plazo, es claro que se vulneró el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones del artículo 18.3 CE, declarando así ilícita la prueba. En estas condiciones, sigue diciendo el TC, *“todo elemento probatorio que pretendiera deducirse del contenido de las conversaciones intervenidas no debió ser objeto de valoración probatoria”*, por lo que la ocupación de la droga en poder de la menor no habría podido obtenerse sin saber previamente el recorrido de dicha menor, *“... hecho éste del que se tuvo conocimiento a través de la vulneración del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones”*.

El Tribunal Supremo (en adelante, TS) se ha ocupado de esclarecer el fundamento de la exclusión de la prueba refleja. En concreto, resulta de gran interés la STS núm. 448/1997, de 4 marzo 1997, cuando declara: *“El art. 11.1 de la LOPJ dispone que «En todo tipo de procedimientos no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales». La prohibición de la prueba constitucionalmente ilícita y de su efecto reflejo pretende otorgar el máximo de protección a los derechos fundamentales constitucionalmente garantizados y, al mismo tiempo, ejercer un efecto disuasor de conductas anticonstitucionales en los agentes encargados de la investigación criminal («Deterrence effect»).* La prohibición alcanza tanto a la prueba en cuya obtención se haya vulnerado un

derecho fundamental como a aquellas otras que, habiéndose obtenido lícitamente, se basan, apoyan o derivan de la anterior («directa o indirectamente»), pues sólo de este modo se asegura que la prueba ilícita inicial no surta efecto alguno en el proceso. Prohibir el uso directo de estos medios probatorios y tolerar su aprovechamiento indirecto constituiría una proclamación vacía de contenido efectivo, e incluso una incitación a la utilización de procedimientos inconstitucionales que, indirectamente, surtirían efecto. Los frutos del árbol envenenado deben estar, y están (art. 11.1 de la LOPJ), jurídicamente contaminados”.

Si bien es cierto que la mayoría de la doctrina apoya la exclusión de la prueba refleja en los términos expuestos, pues lo contrario constituiría, en acertada expresión de SENTÍS MELENDO⁷⁹, una “farsa procesal”, no lo es menos que cuenta con algunos detractores como PASTOR BORGONÓN⁸⁰, que defienden la circunscripción de la regla de exclusión única y exclusivamente a las pruebas directas, no abarcando, pues, las reflejas. En síntesis, sus argumentos son: 1º) que la doctrina de los frutos del árbol envenenado implica excesivos obstáculos para la averiguación de la verdad y el derecho a la prueba; 2º) que puede provocar la anulación de muchos actos de investigación, produciendo una intolerable desprotección social; 3º) que fomenta las actuaciones fraudulentas por parte del sujeto investigado, quien podría provocar actuaciones ilícitas con el fin de conseguir su inmunidad; y 4º) que la vía sancionadora penal, civil o administrativa constituye suficiente vía de defensa de los derechos fundamentales.

Como acertadamente apunta GÁLVEZ MUÑOZ⁸¹, estos autores, o bien no han alcanzado una comprensión adecuada y realista del mecanismo disuasorio de la regla de exclusión, o bien parten de una aceptación reticente de la misma.

⁷⁹ SENTÍS MELENDO, S., *La prueba...*, op. cit., p. 228.

⁸⁰ PASTOR BORGONÓN, B., “Eficacia en el proceso de las pruebas ilícitamente obtenidas”, *Justicia* 2/1986, pp. 356 y ss.

⁸¹ GÁLVEZ MUÑOZ, L., *La ineficacia de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales*, Cizur Menor, Aranzadi, Navarra, 2003, p. 168.

Conviene destacar que, en lo que concierne al peligro de fraude procesal por parte del investigado, la doctrina mayoritaria concuerda en solucionar este problema excepcionando la invalidez de la prueba refleja en tales supuestos, que, por cierto, son difíciles de imaginar en la práctica. En cualquier caso, consideramos que afirmar, como afirman, que la vía sancionadora (o cualquier otra⁸²) deviene vía de defensa suficiente de los derechos fundamentales es poco menos que irrisorio⁸³, no sólo porque existirán casos en que se preferirá una eventual sanción a echar a perder una investigación, sino también porque vivimos en un Estado en el que la separación de poderes expuesta por *Montesquieu* deviene cada día más utópica. Rara vez se imponen sanciones a los investigadores responsables de la violación de derechos fundamentales, llegándose a calificar las mismas de anecdóticas. Incluso autores como McGARR, quien no dudó en calificar la regla de exclusión como un remedio mal concebido e ineficaz⁸⁴, tuvieron que reconocer que deviene inútil que el ciudadano cuyos derechos fundamentales han sido violados acuda a la vía civil para reclamar daños y perjuicios al agente infractor. No obstante, este autor, que, apelando a la necesaria protección de la sociedad frente a los delincuentes, parte de la premisa utilitarista de que la única y exclusiva función del proceso penal es enviar a los culpables a la cárcel y evitársela a los inocentes, destacó el escaso efecto disuasorio de la regla de exclusión en sus primeros cincuenta años de vigencia en los Estados Unidos de América y sugirió que gran parte de la energía que se utilizaba para apoyar la *exclusionary rule* se dirigiera a la exploración de posibilidades de fortalecimiento del recurso de los ciudadanos afectados frente a los agentes infractores proponiendo –he aquí la novedad- la extensión de la responsabilidad pecuniaria al organismo público del que dependan (el autor hace alusión a los municipios), de tal manera que –en su

⁸² Muy claro resulta AMSTERDAM, A.G., “Perspectives on the fourth amendment”, 58 *Minn. L. Rev.* 349, 1973-1974, p. 429, cuando califica las supuestas alternativas a la regla de exclusión como simples quimeras.

⁸³ *Vid.* –más comedido- SALAS CALERO, L., “Aspectos materiales y procesales del principio acusatorio: problemas probatorios, prueba ilícita y procesos penales socialmente relevantes. La exclusión de pruebas ilícitamente obtenidas en el Derecho Procesal de los Estados Unidos”, en *Revista del Poder Judicial* núm. 66, segundo trimestre 2002, p. 376.

⁸⁴ McGARR, FRANK J., “The exclusionary rule: an ill conceived and ineffective remedy”, 52 *J. Crim. L. Criminology & Police Sci.* 266, 1961, pp. 266 a 270.

opinión- si se declarara la responsabilidad del organismo público por parte de un Tribunal, la ciudad podría adoptar rápidamente medidas para educar, contener y disuadir a sus fuerzas policiales, resolviéndose necesariamente el problema⁸⁵. Pero el autor de referencia traiciona sus propios postulados cuando, a continuación, y pretendidamente en pro de su tesis, considera un argumento en contra de la regla de exclusión que por la mala conducta de un agente deba castigarse a la sociedad en su conjunto. Sea como fuere, en la medida en que –como se expondrá más adelante- la regla de exclusión goza en España, a diferencia de lo que sucede en los Estados Unidos, de fundamento constitucional, el debate sobre los remedios alternativos con idéntico o similar efecto disuasorio carece de sentido en nuestro país en estos momentos⁸⁶.

En cuanto a la pretendida desprotección social derivada de la anulación de muchos actos de investigación, debemos reparar en que la misma no tendría lugar si, con carácter previo, se hubieran respetado los derechos fundamentales y las libertades públicas de los sospechosos. Recurrir a la supuesta desprotección social puede resultar –y no en vano resulta- muy efectista, un guiño a las quejas de los medios de comunicación, siempre prestos a criticar de modo tendencioso y superficial, cuando no

⁸⁵ McGARR, FRANK J., “The exclusionary rule...”, *op. cit.*, pp. 268 a 270.

⁸⁶ Para comprender las diferencias entre los sistemas procesales penales continentales y el norteamericano deviene de sumo interés la obra de PIZZI, W.T., *Juicios y mentiras. Crónica de la crisis del sistema procesal penal estadounidense*, Tecnos, Madrid, 2004 (Estudio introductorio, traducción y notas a la edición española de CARLOS FIDALGO GALLARDO). El autor aborda con un lenguaje claro y preciso una original comparativa entre el fútbol continental y el americano para explicar las expresadas diferencias, justificando, ya de inicio, que “*términos como <<reglas>>, <<árbitros>>, <<violaciones de las reglas>> y tantos otros son igualmente parte del vocabulario que empleamos para hablar de sistemas procesales. En la medida en que el fútbol continental difiera conceptualmente del fútbol americano en el grado en que se apoya en las reglas, en su visión del modo en que esas reglas deben ser cumplidas y hechas cumplir, y en términos de qué es lo que se considera más importante en el terreno de juego, no debería sorprendernos encontrarnos con que algunas de esas diferencias conceptuales básicas se dan también en los respectivos sistemas procesales*” (p. 37). *Vid.*, asimismo, ARMENTA DEU, T., *Sistemas procesales penales. La justicia penal en Europa y América*, Marcial Pons, Madrid, 2012; y, haciendo hincapié en la influencia mutua entre el proceso penal angloamericano y el europeo continental, JIMENO BULNES, M., “El proceso penal en los sistemas del *common law* y *civil law*: los modelos acusatorio e inquisitivo en pleno siglo XXI”, *Justicia*, 2013, núm. 2, pp. 201 a 304.

En España, sobre la prueba ilícita y su tratamiento en los sistemas americano y el español, puede consultarse la completa obra de FIDALGO GALLARDO, C., *Las “pruebas ilegales”...*, *op. cit.*

engañoso, las declaraciones de nulidad derivadas de la obtención inconstitucional de fuentes de prueba, pero no podemos olvidar que nos hallamos próximos a los cuarenta años de vigencia de la Constitución Española (CE, en lo sucesivo), y, con ello, del reconocimiento de los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos, así como a los treinta años de vigencia de la LOPJ, singularmente, en lo que aquí interesa, de los mandatos contenidos en los artículos 7.1⁸⁷, 7.2⁸⁸ y 11.1 del expresado cuerpo legal. Sin embargo, el contacto diario con el proceso penal o, más desde la distancia, una simple búsqueda jurisprudencial enseña que son frecuentísimas las vulneraciones de derechos fundamentales por parte de los agentes policiales encargados de la investigación y, lo que resulta más grave aún, de los Jueces de Instrucción a lo largo y ancho del territorio nacional, sin olvidar el escaso celo que al respecto demuestra en muchas ocasiones ese garante de la legalidad y de los derechos de los ciudadanos que debería ser –por mandato legal y constitucional– el Ministerio Fiscal. La situación empeora, más aún si cabe, en la medida en que los Tribunales llamados a remediar o, en su caso, revisar la actuación de los sujetos institucionales causantes de las expresadas violaciones, Audiencias y Tribunal Supremo (aunque este último en menor medida), según los casos, así como el máximo intérprete de la Constitución y garante último de los derechos y libertades fundamentales, el Tribunal Constitucional, tienden a convalidar las tan traídas vulneraciones apartándose del derecho positivo *lato sensu* y amparándose en la creación de excepciones jurisprudenciales carentes de apoyo normativo extrapoladas de modo apresurado e irreflexivo, en la mayoría de los casos, de un sistema normativo y judicial, el norteamericano, que escasa o ninguna semejanza guarda con el nuestro⁸⁹.

⁸⁷ “Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del Título I de la Constitución vinculan, en su integridad, a todos los Jueces y Tribunales y están garantizados bajo la tutela efectiva de los mismos”.

⁸⁸ “En especial, los derechos enunciados en el artículo 53.2 de la Constitución se reconocerán, en todo caso, de conformidad con su contenido constitucionalmente declarado, sin que las resoluciones judiciales puedan restringir, menoscabar o inaplicar dicho contenido”.

⁸⁹ Por ello no son de recibo posiciones doctrinales como la de RODRÍGUEZ LAINZ, J.L., “*Exclusionary rules* y garantías procesales en el ordenamiento procesal penal español”,

A estas alturas, no es ya viable (si es que algún día lo fue) tratar de salvar un (supuesto o no) desconocimiento de la normativa legal y constitucional en una materia tan sensible como la relativa a los derechos y libertades fundamentales de todo ciudadano⁹⁰. Carece de justificación –y también de perdón- que en estos momentos puedan seguir produciéndose entradas y registros sin la debida autorización judicial por parte de funcionarios policiales, o que éstos tomen declaración en dependencias policiales a un detenido sin asistencia letrada y/o sin previa información de sus derechos, o que un Juez de Instrucción acuerde una intromisión tan grave en el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones de modo inmotivado y/o sobre la base de hipótesis, corazonadas o conjeturas policiales (sin duda, los supuestos más frecuentes en la práctica). Es el momento (y más vale tarde que nunca) de exigir a cada interviniente del proceso penal su responsabilidad⁹¹, al igual que siempre (y para esto no ha existido nunca excepción en la historia del proceso penal) se ha exigido al inculpado. Debemos llamar la atención acerca de que parece centrarse la atención en la actuación y, en su caso, pretendida sanción de los agentes policiales, orillándose que, en España, el responsable principal de la autorización (motivada) de la injerencia en derechos fundamentales del sospechoso es el Juez de Instrucción, en cuanto que tiene la llave para su restricción, previendo la propia LOPJ como faltas disciplinarias muy graves el incumplimiento consciente del deber de fidelidad a la Constitución establecido

Diario La Ley núm. 8.203, Sección Doctrina, 2 de diciembre de 2013, Editorial La Ley, quien aun reconociendo sin ambages que las expresadas excepciones jurisprudenciales - importadas de EEUU- se crean como *“instrumentos para hacer frente a la necesidad de poner coto al excesivo, inconveniente o simplemente inadecuado alcance de la aplicación práctica de la doctrina de los frutos del árbol prohibido”*, justifica su creación y aplicación, esto es, la insurrección de Jueces y Magistrados contra el artículo 11.1 LOPJ, apelando a los indeseables efectos de la aplicación de la regla de exclusión en los términos previstos en la legalidad vigente, que tacha de rigurosa, y a la necesidad de evitar *“situaciones de auténtica injusticia material”*.

⁹⁰ Huelga tal vez recordar que el artículo 6.1 del Código Civil determina la eficacia normativa con independencia de su conocimiento (*“La ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento”*).

⁹¹ En sentido amplio, esto es, tanto civil como penal o disciplinaria, como desde el punto de vista de la radical y en ningún caso convalidable ineficacia procesal de lo ilegítimamente obtenido.

en el artículo 5.1 LOPJ, que establece el carácter vinculante de la jurisprudencia del TC, la cual resulta sobradamente conocida y se ha repetido como un mantra en materia de restricción de derechos fundamentales con fines de investigación (artículo 417.1 LOPJ), la ignorancia inexcusable en el cumplimiento de los deberes judiciales (artículo 417.14 LOPJ), así como la absoluta y manifiesta falta de motivación de las resoluciones judiciales que la precisen (artículo 417.15 LOPJ).

Lo que no puede ser es que, al final, y merced a las expresadas excepciones o remedios judiciales –o de la indicada propuesta, por fortuna minoritaria en la doctrina, de consentir la validez de la prueba refleja-, puedan aprovecharse las informaciones o fuentes de prueba obtenidas con violación de los derechos del investigado. No puede ser que salga a cuenta vulnerar derechos y libertades fundamentales, hacer trampa en definitiva, por más que ello sea –en muchos pero no en todos los casos- en pro del descubrimiento y de la represión del delito.

Esta situación ha alcanzado su cenit en materia de confesión precedida de la violación de derechos del investigado, en cuanto que ha devenido la fórmula más “cómoda” de desvincular y orillar la previa actuación ilegítima de los sujetos institucionales (funcionarios policiales y/o Juez de Instrucción), haciendo recaer el protagonismo sobre el imputado, que normalmente, rendido ante la evidencia física del hallazgo y/o convencido de que la defensa de su inocencia deviene ya inviable, cuando no absurda, a la vista de los resultados de la (ilícita) investigación, no puede por menos que reconocer los hechos que se le imputan.

En cualquier caso, admitir, como se hacía históricamente en los procesos penales inquisitivos, la admisibilidad y validez de la prueba ilícita so pretexto de alcanzar la denominada verdad material⁹² constituiría una

⁹² Se concuerda con TARUFFO, M., *La prueba de los hechos*, Trotta, Madrid, 3ª edición, 2009, p. 183, en que el uso lingüístico es bastante impropio, a pesar de que, como señala este autor, *"no debería provocar especiales inconvenientes siempre que se sepa claramente que el problema de la regulación legal de la eficacia de las pruebas no tiene nada que ver con el problema de la verdad en la determinación de los hechos"*. En efecto, para TARUFFO, la "verdad legal" es "legal" pero no es "verdad", ni relativa ni, menos aún, absoluta.

inasumible involución o regresión hacia lo que MIRANDA ESTRAMPES⁹³ ha denominado gráficamente "*maquiavelismo probatorio*" incompatible con un Estado de Derecho y el reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales.

Por ello, suscribimos íntegramente las palabras de PIERRO⁹⁴ cuando afirma que la transmisión del vicio será inevitable siempre que el acto probatorio lesivo sea el presupuesto lógicamente necesario y no cronológicamente ocasional de la realización del supuesto consecutivo (esto es, debe tratarse de auténtica invalidez derivada y no de simple invalidez sucesiva), de manera que un vicio etiológico tal será ciertamente apreciable no sólo con relación a los resultados de los medios de investigación llevados a cabo sin la observancia de las prohibiciones de utilización, sino también - con carácter general- respecto de cualquier dato probatorio ilícitamente obtenido.

Mención aparte merece la tesis que con respecto al efecto reflejo de la prueba ilícita sostiene PICÓ I JUNOY⁹⁵, en cuanto que preconiza que el artículo 11.1 LOPJ no ha incorporado la doctrina norteamericana de los frutos del árbol envenenado⁹⁶ y considera que tanto la doctrina científica mayoritaria como la doctrina jurisprudencial que postulan lo contrario yerran, básicamente, por tres razones: 1ª) porque, atendiendo a la *voluntas legislatoris*, no se observa referencia alguna a la expresada doctrina ni en los trabajos parlamentarios ni en la STC 114/1984, de la cual trae origen y causa inmediata el redactado final del artículo 11.1 LOPJ, de tal manera que, a juicio del autor citado, "*el legislador de 1985 difícilmente pudo tomarla en consideración al formular el mencionado precepto*"; 2ª) porque, como observa

⁹³ MIRANDA ESTRAMPES, M., "La prueba ilícita: la regla...", *op. cit.*, p. 133.

⁹⁴ PIERRO, G., *Una nuova specie d'invalidità: l'inutilizzabilità degli atti processuali penali*, Edizioni Scientifiche Italiane, Pubblicazioni dell'Università degli Studi di Salerno, Sezioni di Studi Giuridici, 14, Napoli, 1992, pp. 170 a 172.

⁹⁵ PICÓ I JUNOY, J., "Nuevas perspectivas sobre el alcance anulatorio de las pruebas ilícitas", *Diario La Ley* núm. 4.213 de 23 de enero de 1997, pp. 1.872 a 1.875.

⁹⁶ En contra, *vid.* FIDALGO GALLARDO, C., *Las "pruebas ilegales"...*, *op. cit.*, pp. 35 y ss. .

PASTOR BORGONÓN⁹⁷, el tan traído precepto “*priva de efectos a las pruebas obtenidas violentando los derechos fundamentales directa o indirectamente, pero parece claro que los actos de investigación, realizados conforme a la ley, aunque motivados por informaciones conseguidas como consecuencia de una conducta inconstitucional, no suponen una vulneración indirecta de un derecho o libertad fundamental, ya que no implican una restricción del mismo a través de otros actos interpuestos*”; y 3ª) porque la doctrina de los frutos del árbol envenenado constituye, a juicio de PICÓ I JUNOY, “*un límite a la eficacia y virtualidad del derecho a la prueba*”, configurado como fundamental en el artículo 24.2 CE, “*lo que obliga, como reiteradamente destaca el Tribunal Constitucional, a efectuar una lectura restrictiva del mismo*”, concluyendo, como se ha avanzado, que tal interpretación le conduce a negar que el artículo 11.1 LOPJ suponga la consagración legal de los efectos reflejos de la prueba ilícita. De ahí que este autor halle el verdadero alcance anulatorio de la prueba ilícita y, con él, de ciertos efectos reflejos de la misma no en el artículo 11.1 LOPJ, sino en el artículo 242 del mismo cuerpo legal (en su redacción vigente a la fecha de publicación del artículo doctrinal, anterior a la reforma operada por la LO 19/2003, de 23 de diciembre), actual artículo 243 LOPJ, que declara inválidos los actos que se deriven y sean dependientes de otros declarados nulos⁹⁸. En suma, pues, PICÓ I JUNOY defiende que mediante la expresión “*directa o indirectamente*” el legislador habría pretendido recoger, “*de manera poco afortunada*”, la doctrina de la STC 114/1984, “*destacando la ineficacia procesal de todo elemento probatorio para cuya obtención se haya infringido*

⁹⁷ PASTOR BORGONÓN, B., *Eficacia en el proceso...*, op. cit., p. 361.

⁹⁸ Redacción del artículo 242 LOPJ que extendió su vigencia entre el 3 de julio de 1985 y el 15 de enero de 2004: “1.- *La nulidad de un acto no implicará la de los sucesivos que fueren independientes de aquél ni la de aquellos cuyo contenido hubiese permanecido invariable aun sin haberse cometido la infracción que dio lugar a la nulidad.*

2.- *La nulidad de parte de un acto no implicará la de las demás del mismo que sean independientes de aquélla*”.

Redacción del artículo 243 LOPJ, vigente desde el 16 de enero de 2004 hasta la actualidad:

“1.- *La nulidad de un acto no implicará la de los sucesivos que fueren independientes de aquél ni la de aquéllos cuyo contenido hubiese permanecido invariado aun sin haberse cometido la infracción que dio lugar a la nulidad.*

2.- *La nulidad parcial de un acto no implicará la de las partes del mismo independientes de la declarada nula*”.

directamente un derecho fundamental (v.gr. la inviolabilidad del domicilio o la integridad física o psíquica de las personas), así como también la ineficacia del medio de prueba a través del cual se intenta dar entrada en el proceso a dicho elemento probatorio, ya que ello supone **indirectamente** conculcar otros derechos fundamentales (así, los referentes al proceso con todas las garantías y a la igualdad de las partes)”⁹⁹.

Desde nuestro punto de vista, la argumentación del Profesor PICÓ puede ser rebatida con las siguientes consideraciones: 1º) en cuanto a la *voluntas legislatoris*, el hecho de que no se realice referencia alguna a la doctrina norteamericana ni en los trabajos parlamentarios ni en la STC 114/1984 no se sigue, sin más, que nuestro legislador no la incorporara a nuestro Derecho, máxime cuando el artículo 11.1 LOPJ es claro y diáfano en su redacción¹⁰⁰, de tal manera que, debiendo el intérprete estar también al tenor literal del precepto, según establece el artículo 3.1 del Código Civil, y debiendo tomarse en consideración cuál es la finalidad de la regla objeto de comentario, hubiera resultado quizás incluso superfluo y redundante cualquier alusión a *the fruit of the poisonous tree doctrine*. 2º) En lo que se refiere a la pretendida eficacia y validez de los actos de investigación realizados legalmente aunque merced a informaciones obtenidas inconstitucionalmente, es evidente que el argumento se exterioriza a través de un circunloquio que, una vez desenmarañado, deja al descubierto su equivocación, en cuanto que lo que realmente se está sosteniendo es que no se produce violación alguna de derechos fundamentales aprovechando informaciones obtenidas con su conculcación. La pregunta surge inevitable: ¿no se está acaso ante un eslabón más en la cadena de violaciones de derechos fundamentales, en la medida en que la directa e inmediata violación precedente permite que, sin solución de continuidad, se aprovechen sus resultados bajo la apariencia de un acto legal desconectado de aquélla? Más

⁹⁹ Negritas en el original.

¹⁰⁰ A pesar de que RODRÍGUEZ LAINZ, J.L., “*Exclusionary rules* y garantías procesales...”, *op. cit.*, con el apodíctico pretexto de que la regla de exclusión contenida en el precepto “*no es un absoluto jurídico*” y partiendo de la errónea base de que se trata de una norma sancionadora debe ser interpretada de modo restrictivo, llegue incluso a afirmar que la regla de exclusión sólo puede operar cuando la transgresión del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva deba “*entenderse grave*”, ya que en el precepto “*se habla de violentar*”.

aún, incluso en la hipótesis de que se admitiera la conclusión alcanzada por PASTOR BORGONÓN y PICÓ I JUNOY, difícilmente podría concluirse que el solicitante del acto de investigación con base en resultados inconstitucionalmente obtenidos estaría actuando –tal y como exige el primer inciso del artículo 11.1 LOPJ- de buena fe, providencia esta última que -no se olvide- debe dotar de contenido a la regla de exclusión consagrada justo a continuación, en el segundo inciso, debiendo el Juez, pues, conforme establece el apartado 2º del artículo 11.1 LOPJ, rechazar las peticiones que *“se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal”*. 3º) Por último, y en lo que respecta a la alegada necesaria interpretación restrictiva del precepto por imperativo de la doctrina constitucional, en cuanto que límite a la eficacia y virtualidad del derecho a la prueba, a pesar de lo inteligente que resulta el planteamiento, en nuestra opinión, soslaya que un acto de investigación no es lo mismo que un medio de prueba ni pueden equipararse. En efecto, como expone RIFÁ SOLER¹⁰¹, mientras que los medios de prueba se practicarán en el juicio oral para acreditar los hechos y, en su caso, enervar la presunción de inocencia, los actos de investigación son la fuente de la prueba, pero no constituyen en sí mismos pruebas, siendo su finalidad preparar el juicio oral, proporcionando a tal efecto los elementos necesarios para la acusación y defensa y para la dirección del debate contradictorio atribuido al órgano competente para la celebración del juicio oral y el dictado de la sentencia¹⁰². Así, al desarrollarse la actividad probatoria en el juicio oral, es en dicho momento procesal cuando debe velarse por el respeto del derecho a la prueba y cuando, en su caso, podría laminarse el expresado derecho. Pero no en fase de instrucción¹⁰³,

¹⁰¹ RIFÁ SOLER, J.M., “Actos de investigación, actos de instrucción y actos de prueba”, en *Estudios sobre prueba penal* (Dir. ABEL LLUCH, X. y RICHARD GONZÁLEZ, M.), Volumen I, La Ley, Madrid, 2010, pp. 142 y 143.

¹⁰² En este sentido, *vid.* SSTC núm. 141/2001, de 18 de junio o 57/2002, de 11 de marzo, entre otras muchas.

¹⁰³ El ya añejo ATC núm. 127/1989, de 13 de marzo, se pronuncia en los siguientes términos: *“Pero es más: en fase sumarial o instructoria no puede rectamente hablarse de prueba, pues tal como se desprende de la regulación procesal penal (art. 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) y este Tribunal mantiene inconcusamente desde su ya antigua STC 3/1981, es la prueba que se practica en el juicio oral. El que algunas de las actuaciones sirvan en el juicio oral de prueba o la preconstituyan no confiere, salvo muy contadas excepciones que no son aquí del caso, a lo sumarialmente actuado el carácter de prueba. En consecuencia, el derecho a la prueba que asiste constitucionalmente al acusador particular*

salvo en los casos de prueba anticipada. No en vano, la STC núm. 246/2000, de 16 de octubre, definió el derecho a la prueba como *“el poder jurídico que se reconoce a quien interviene como litigante en un proceso de provocar la actividad procesal necesaria para lograr la convicción del órgano judicial sobre la existencia o inexistencia de los hechos relevantes para la decisión del conflicto que es objeto del proceso”*¹⁰⁴. Si esto es así, se comprenderá fácilmente que, en la medida en que el derecho a la prueba todavía no habrá nacido, mal puede ser considerado un óbice a los efectos pretendidos por los referidos autores.

A mayor abundamiento, cabría en este punto recordar el contenido de los apartados 1º y 2º del artículo 7 LOPJ, en la medida en que, mientras el primero determina el carácter vinculante, *“en su integridad”*, de los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del Título I de la Constitución, para todos los Jueces y Tribunales, así como su garantía bajo la tutela de estos últimos, el segundo establece que, *“en especial”*, los derechos enunciados en el artículo 53.2 CE se reconocerán, en todo caso, de conformidad con su contenido constitucionalmente declarado, sin que las resoluciones judiciales puedan restringir, menoscabar o inaplicar dicho contenido.

2.2. EL PROBLEMA DE LA CONEXIÓN

2.2.1. Planteamiento

Ya se ha dicho que –dejando al margen las diversas opiniones doctrinales apuntadas en el epígrafe anterior- la regla de exclusión no se refiere tan sólo a las pruebas obtenidas mediante la conculcación de un derecho fundamental, sino que abarca todas aquellas que, pese a haber sido obtenidas lícitamente, derivan o tienen su origen en las anteriores. El problema radica ahora en precisar los conceptos “derivar” o “tener su

es el derecho a aportar pruebas al juicio oral. Para ello, si el Instructor deniega la práctica de tal o cual diligencia de alcance probatorio nada impide a que la parte, por su propia cuenta, la prepare y la inste en el juicio oral, previos los requisitos procesales de rigor, o incluso, dada la naturaleza de la entidad –una compañía aseguradora- no es irrazonable pensar que con sus propios medios hubiera sido oportuno que ofreciera al Instructor algo más que peticiones, es decir, que le hubiera puesto en conocimiento de sus mismas investigaciones”.

¹⁰⁴ En el mismo sentido, *vid.* SSTC núm. 19/2001, de 29 de enero y 88/2004, de 10 de mayo.

origen”. Pues ¿cuál ha de ser el grado de conexión suficiente entre unas y otras para poder hablar propiamente de “prueba refleja”?

En principio, es claro que si una prueba deriva o tiene su origen en otra anterior, esto significa que “trae causa” de aquélla. Por tanto, debe darse una relación causal entre la prueba lícita y la prueba obtenida de manera inconstitucional, a los efectos de que aquélla pueda ser considerada refleja. La conexión causa/efecto ha de ser, así, el primer, y a nuestro juicio único, requisito de una prueba ilícita indirecta. De lo contrario, no concurriendo tal relación de causalidad, se reputa prueba independiente o autónoma, plenamente válida. La constatación de la conexión causal corresponde, evidentemente, al Juez o Tribunal competente (en función del momento procesal en el que se plantee la controversia), que, utilizando las máximas de la experiencia y las reglas de la lógica, deberá analizar los hechos para, posteriormente, motivar qué pruebas están contaminadas y cuáles no.

Sucede, no obstante, que el TC viene considerando que la conexión causal “natural” no es suficiente para que se reputé ilícita una prueba derivada. A juicio de nuestro Tribunal de Garantías es necesario que exista también una conexión “jurídica”. En efecto, el TC -a la hora de enfrentarse a las posibles excepciones a la doctrina arbórea- ha construido, a partir de la crucial STC núm. 81/1998, la denominada *“teoría de la conexión de antijuridicidad”*, en méritos de la cual el máximo intérprete de la Constitución exige que se dé una conexión de antijuridicidad entre la prueba lícita y la inconstitucionalmente obtenida, lo cual supone exigir un *plus* a la conexión causal para la exclusión de la prueba refleja. La conexión causal o natural no es sustituida, sino que se erige como presupuesto de la conexión jurídica. En este sentido, resulta de gran interés la STC núm. 8/2000, que expresa: *“La declaración de lesión del derecho constitucional sustantivo no tiene como consecuencia automática la prohibición constitucional de valoración de toda prueba conectada de forma natural con las directamente obtenidas con vulneración de derechos constitucionales. De un lado, ha de tenerse presente que efectivamente la valoración de pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales produce la lesión del derecho a un proceso con*

todas las garantías. Este Tribunal tiene afirmado que «la valoración procesal de las pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales "implica una ignorancia de las garantías propias del proceso (art. 24.2 CE)" (...) y en virtud de su contradicción con ese derecho fundamental y, en definitiva, con la idea de proceso justo debe considerarse prohibida por la Constitución» (STC 81/1998). De otro lado, no puede olvidarse que «es lícita la valoración de pruebas que, aunque se encuentren conectadas desde una perspectiva natural con "el hecho constitutivo de la vulneración del derecho fundamental por derivar del conocimiento adquirido a partir del mismo", puedan considerarse jurídicamente independientes (...). De manera que la prohibición de valoración de pruebas derivadas de las obtenidas inicialmente con vulneración de derechos fundamentales sustantivos sólo se produce si la ilegitimidad de las pruebas originales se transmite a las derivadas (...) ya que las pruebas derivadas pueden ser constitucionalmente legítimas, si ellas no se han obtenido mediante la vulneración de un derecho fundamental; consecuencia de ello es que no pueda sostenerse que su incorporación al proceso implique lesión del derecho a un proceso con todas las garantías. De manera que es posible que la prohibición de valoración de las pruebas originales no afecte a las derivadas, si entre ambas, en primer lugar, no existe relación natural, o si, en segundo lugar, no se da la conexión de antijuridicidad».

El problema radica en averiguar cuándo la ilegitimidad de la prueba original se transmite a la derivada, esto es, cómo se determina en cada caso concreto la existencia o no de conexión de antijuridicidad.

En una primera aproximación, la ya citada STC núm. 81/1998, exige la realización de un examen conjunto del acto lesivo del derecho y su resultado desde dos perspectivas:

1ª) Interna. En atención a la índole y características de la vulneración del derecho sustantivo. Habrá que analizar si existe algún elemento que permita la ruptura de la conexión entre la prueba inconstitucionalmente obtenida y la causalmente conectada con ella.

2ª) Externa. De las necesidades esenciales de tutela exigidas por la realidad y efectividad de este derecho. Habrá que comprobar si la exclusión de la prueba en cuestión cumple o no en el caso un efecto disuasorio de conductas anticonstitucionales por parte de los investigadores.

Nos aclara GÁLVEZ MUÑOZ¹⁰⁵ que, a la luz de esta doctrina, para que se rompa esa conexión de juridicidad y la prueba sea considerada jurídicamente independiente y, por ende, apta para su valoración procesal, deben cumplirse dos condiciones: 1ª) que se considere que en el caso planteado se ha producido algún hecho o existe algún elemento en el que pueda sustentarse de forma más o menos independiente el resultado probatorio en cuestión; 2ª) que, además, se llegue al convencimiento de que la valoración de tal prueba no supone incentivar de ninguna forma futuras lesiones del derecho fundamental vulnerado.

Se observará fácilmente que con esta tesis el TC está otorgando una gran discrecionalidad al juzgador, que, en cualquier caso, deberá tener muy presente el principio de proporcionalidad, en cuanto que, como recuerda GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO¹⁰⁶, tras la promulgación de la Constitución Española de 1.978 la jurisprudencia constitucional y la doctrina han considerado aplicable el expresado principio en el proceso penal, impulsadas por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos e inspirándose en la utilización que se realiza del mismo en la República Federal Alemana.

En cualquier caso, a nuestro juicio, no es la observancia del principio de proporcionalidad un remedio suficiente, en cuanto que con esta doctrina jurisprudencial el propio TC está tolerando la vulneración de derechos fundamentales con claro apartamiento de lo establecido en el artículo 11.1 LOPJ.

¹⁰⁵ GÁLVEZ MUÑOZ, L., *La ineficacia...*, op. cit. pp. 183 y ss.

¹⁰⁶ GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N., *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Colex, Madrid, 1990, p. 22, con cita, a su vez, de trabajos de autores como GIMENO SENDRA, ORTEGA BENITO, ASECIO MELLADO y PEDRAZ PENALVA Y ORTEGA BENITO.

Para poner de manifiesto lo artificiosa y confusa que resulta tal construcción teórica han alzado la voz -aportando una gran dosis de sentido común al debate- MIRANDA ESTRAMPES¹⁰⁷, así como DÍAZ CABIALE y MARTÍN MORALES¹⁰⁸. Estos autores consideran que una cosa es la formulación teórica de la conexión de antijuricidad y otra su alcance práctico, dados los inexactos parámetros de los que parte. En efecto, se utilizan dos perspectivas absolutamente vagas e imprecisas, cuyo contenido depende de la voluntad del que los utiliza. Por ello, lamentan que se haya perdido ese sólido punto de referencia tan característico de una garantía procesal: la certeza. MIRANDA¹⁰⁹, por su parte, critica que los Tribunales de instancia gozan así de un excesivo espacio de discrecionalidad a los efectos de constatar y apreciar la existencia de conexión de antijuricidad entre la prueba ilícita y la prueba derivada. Discrecionalidad que por su amplitud ha introducido, en la práctica, *"una excesiva dosis de incertidumbre e inseguridad jurídica"*¹¹⁰.

En esta línea, a URBANO DE CASTRILLO y TORRES MORATO¹¹¹ se les antoja cuasi irresoluble en la práctica esa supuesta diferenciación entre "conexión causal" y "conexión de antijuricidad", únicamente concebible *ex ante*. Y de ahí que propongan la superación de tan "abtrusa" teoría, apelando, mientras no contemos con una regulación de la prueba ilícita en el futuro Código Procesal Penal, al ya apuntado principio de proporcionalidad, en el sentido de acudir a un "juicio de experiencia", que debería permitir, en cada caso, decidir sobre la admisibilidad de la prueba derivada, siendo ésta

¹⁰⁷ MIRANDA ESTRAMPES, M., "La regla de exclusión de la prueba ilícita: historia de su nacimiento y de su progresiva limitación", *Revista Jueces para la Democracia* núm. 47, 2003, p. 61.

¹⁰⁸ DÍAZ CABIALE y MARTÍN MORALES, *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, Civitas, Madrid, 2001, pp. 132 y ss.

¹⁰⁹ MIRANDA ESTRAMPES, M., "La prueba ilícita: la regla de exclusión...", *op. cit.*, p. 149, pero también, por ejemplo, en *El concepto de prueba ilícita...*, *op. cit.*, p. 133.

¹¹⁰ En lo que respecta a este último aspecto, el Magistrado RAMOS GANCEDO, en su Voto Particular a la STS núm. 768/2010, de 15 de septiembre, afirmó que genera inseguridad jurídica la exigencia de *"ese auténtico enigma indescifrable"* que constituye la conexión de antijuricidad, cuyo real contenido y alcance es *"una verdadera incógnita para los juristas que intervienen en el ámbito del proceso penal, por lo que se acaba convirtiendo en gran medida en un peligroso foco de arbitrariedad"*.

¹¹¹ URBANO DE CASTRILLO y TORRES MORATO, *La Prueba Ilícita Penal*, Thomson-Reuters Aranzadi, 6ª edición, octubre de 2012, p. 95.

una decisión controlable a través del examen del "juicio de razonabilidad" plasmado en la resolución, esto es, a través de su motivación¹¹², pues - parafraseando la STS núm. 179/2011, de 17 de marzo- *"nada mejor que la prueba de la escritura permite a los tribunales verificar la calidad discursiva de sus argumentos; (...) porque tal es la única manera de que los afectados por la sentencia conozcan la razón de ser del fallo que tanta relevancia tiene para ellos"*.

Por último, ASECIO MELLADO¹¹³ postula, con razón, que, visto el fundamento constitucional de la regla de exclusión probatoria, la teoría de conexión de antijuricidad deviene *"un artificio contrario al sistema español, un mecanismo que acude a otros elementos de valoración que son opuestos al fundamento esencial y básico, de modo que, desconociéndolo, por vía indirecta, permite el uso o aprovechamiento de los conocimientos adquiridos por medio de pruebas ilegítimas"*; todo ello incurriendo en una grave contradicción consistente en que, tras anular las pruebas originarias con base en el principio de protección de derechos como elemento central, subordina el expresado principio cuando se trata de valorar las indirectas, de tal manera que, por tan artificiosa vía, permite la introducción de los hechos conocidos por una violación primaria de derechos. En suma, *"una anulación de facto del art. 11.1 LOPJ y de la misma Constitución"*.

Por nuestra parte, consideramos que la doctrina de la conexión de antijuricidad se asienta sobre cimientos sumamente frágiles. Sin perjuicio de la crítica que hemos avanzado *supra*, analizaremos el porqué de nuestra conclusión al hilo de la doctrina constitucional sobre el particular compendiada en la STC núm. 66/2009, de 9 de marzo:

Según la expresada STC, junto a la regla general de prohibición de valoración de las pruebas derivadas (siempre que exista una relación causal con la prueba ilícita), *"en supuestos excepcionales hemos considerado lícita la valoración de pruebas que, aun cuando se encuentren conectadas desde*

¹¹² URBANO DE CASTRILLO y TORRES MORATO, *La Prueba Ilícita...*, p. 105.

¹¹³ ASECIO MELLADO, J.M., "La prueba ilícita: declaración y efectos", *Revista General de Derecho Procesal* 26 (2012).

*una perspectiva natural con el hecho vulnerador del derecho fundamental, por derivar del conocimiento adquirido a partir del mismo, puedan considerarse jurídicamente independientes (SSTC 86/1995, de 6 de junio, FJ 4; 54/1996, de 26 de marzo, FJ 6; 81/1998, de 2 de abril, FJ 4; 151/1998, de 13 de julio, FJ 3; 166/1999, de 27 de septiembre, FJ 4; 136/2000, de 29 de mayo, FJ 6). **La razón fundamental que avala la independencia jurídica de unas pruebas respecto de otras radica en que las pruebas derivadas son, desde su consideración intrínseca, constitucionalmente legítimas, pues ellas no se han obtenido con vulneración de ningún derecho fundamental** (STC184/2003 de 23 de octubre, FJ 2). “Por ello, para concluir que la prohibición de valoración se extiende también a ellas, habrá de precisarse que se hallan vinculadas a las que vulneraron el derecho fundamental sustantivo de modo directo, esto es, habrá que establecer un nexo entre unas y otras que permita afirmar que la ilegitimidad constitucional de las primeras se extiende también a las segundas (conexión de antijuridicidad). En la presencia o ausencia de esa conexión reside, pues, la ratio de la interdicción de la valoración de las pruebas obtenidas a partir del conocimiento derivado de otras que vulneran el derecho al secreto de las comunicaciones” (STC 81/1998, de 2 de abril, FJ 4)” (la negrita es nuestra).*

Es decir, el propio TC reconoce expresamente y sin paliativos que los únicos conocimientos que permiten la obtención de otras pruebas lícitas en sí mismas dimanar exclusivamente de la prueba ilícita, con la que mantienen una patente relación de causalidad. Mas, según el Tribunal, su pretendida independencia jurídica deriva de que, aisladamente consideradas y sin tener en cuenta las circunstancias y causas que permitieron su obtención (la STC utiliza de modo eufemístico la expresión “consideración intrínseca”), son plenamente legítimas desde el punto de vista constitucional. Esto es, la prueba derivada de la ilícita, sin la cual aquélla no hubiera sido posible, no es ilegítima, de tal manera que se ha producido sin vulneración de derecho fundamental alguno. El razonamiento carece de sentido: exigir tal vulneración para que la nulidad extienda sus efectos a la prueba derivada de la ilícita nos situaría en la órbita de una nueva prueba ilícita, es decir, dejaríamos de estar ante una prueba derivada.

Por otro lado, en lo que a la exigencia del establecimiento de un nexo jurídico respecta, consideramos que debemos situarnos al margen de los debates doctrinales acerca de los diversos aspectos y alcances de la conexión de antijuricidad porque, al construirse sobre la nada, se trata, en puridad, de una cuestión estéril. No existe en realidad un plus de conectividad reforzado entre las pruebas ilícitas y sus derivadas. La única realidad existente es la relación de causalidad natural que llevará aparejada una consecuencia jurídica siempre que se halle prevista en el respectivo ordenamiento jurídico, tal como sucede en el nuestro.

El único aspecto real de esta peculiar falacia jurídica es su enorme relevancia y trascendencia en la doctrina científica y jurisprudencial, pero el resultado final ha sido y es que la seguridad jurídica derivada de una *lex certa, praevia, scripta* (artículo 11.1 LOPJ) acaba siendo modulada e incluso ignorada de plano por los órganos jurisdiccionales con base en una entelequia, con la correlativa e inadmisibles carga de subjetividad que ello comporta.

Pasemos ahora a analizar el método propuesto por el TC para determinar la existencia o no de conexión de antijuricidad. Ya se ha visto que la doctrina constitucional exige una doble perspectiva de análisis, la interna y la externa, que son cumulativas:

i) Perspectiva interna. Según el TC, ésta atiende a la índole y características de la vulneración del derecho material en concreto en la prueba originaria, así como al resultado inmediato de la infracción. Pero lo cierto es que el propio Tribunal parte de la base de la vulneración de un derecho fundamental, por lo que deberían resultar indiferentes los expresados extremos o detalles, siendo pues, más que suficiente con la verificación de la violación del derecho fundamental, que es lo único que exige el artículo 11.1 LOPJ. Así, idéntico destino que su fuente (la nulidad) deben seguir los conocimientos adquiridos merced a una prueba ilícita. Resultaría, desde luego, incongruente e inadmisibles que se declarara la nulidad de la prueba ilícita y, sin embargo, se conservaran, surtiendo efecto a través de las derivadas, los conocimientos inconstitucionalmente obtenidos.

Carecería entonces de sentido la regla de exclusión en los términos en los que viene formulada, quedando vacía de contenido.

ii) Perspectiva externa. La misma atiende, según el TC, a las necesidades esenciales de tutela de la realidad y efectividad del derecho conculcado. De esta manera, nuestro Tribunal de Garantías pretende dejar a criterio exclusivo de Jueces y Tribunales si los derechos de los ciudadanos son o no tutelables y protegibles. No obstante, sucede que los mismos son dignos de protección al estar reconocidos y declarados como tales en el ordenamiento jurídico del que Jueces y Tribunales son servidores y, además, más allá de su reconocimiento –*sit venia verbo*- estático, son exigibles por los ciudadanos, de modo que no constituyen una concesión graciosa y discrecional de las autoridades públicas, sino que resultan de obligado respeto y cumplimiento efectivo especialmente por parte de Jueces y Tribunales, tal y como se desprende de las previsiones contenidas en los apartados 1º y 2º del artículo 53 CE en relación con el artículo 7 de la LOPJ, ya analizadas en el epígrafe anterior, y que, en suma, determinan la obligatoria tutela de los derechos por parte de aquéllos.

Por otra parte, el TC ha afirmado que la valoración acerca de la ruptura o no del nexo jurídico entre una prueba y otra constituye un “juicio de experiencia” que corresponde a Jueces y Tribunales ordinarios. En nuestra opinión, esta doctrina constitucional sustituye un parámetro objetivo altamente seguro, fiable y fácilmente demostrable (la causalidad natural entre una y otra prueba), que, por tanto, mantiene la seguridad jurídica, por otro netamente subjetivo y discrecional a emitir por el órgano jurisdiccional, que deberá decidir sobre la contaminación –antijuricidad- de la prueba derivada de la obtenida inconstitucionalmente, lo que nos sitúa en un escenario de máxima inseguridad jurídica consistente en una entelequia denominada “juicio de experiencia”, que, en definitiva, oculta –y a la vez posibilita- que la nulidad de la prueba derivada no dependerá de la existencia de nexos de causalidad física y, por ende, productores de efectos jurídicos, sino del arbitrio personal del decisor.

Parece que, aun sin referirse a él de modo expreso, se esté introduciendo en materia de ilicitud probatoria y regla de exclusión, el principio de libre valoración de la prueba consagrado en el artículo 741 LECrim. (en sede de enjuiciamiento) en una versión hipertrofiada y, desde luego, artificial. Hipertrofiada porque tras la expresión “juicio de experiencia” no puede ocultarse una decisión según “conciencia” del órgano jurisdiccional que prescinda de la realidad física. Y artificial porque lejos de contentarse con la falta de correspondencia con la expresada realidad, se introducen criterios supuestamente jurídicos que en modo alguno se hallan legalmente previstos (antes bien, contradicen la regla de exclusión consagrada en el artículo 11.1 LOPJ)¹¹⁴.

En definitiva, cuando se establece una relación de causalidad física entre dos hechos o eventos, siempre que exista una previsión normativa del resultado de esta conexión, se producirá una consecuencia jurídica. Así, por ejemplo, el Código Penal contempla la prescripción de los delitos como causa extintiva de la responsabilidad criminal (artículo 130.1.6º en relación con los artículos 131 y 132). A los efectos de determinar su concurrencia, la condición que debe verificarse es de naturaleza física -que no jurídica-: el trascurso del tiempo desde la comisión del delito hasta el momento en que se dirige el proceso penal contra la persona indiciariamente responsable de la infracción. Si se constata que el tiempo transcurrido supera el plazo de prescripción fijado el delito en cuestión, la consecuencia jurídica será la declaración de la extinción de la responsabilidad penal de esa persona, sin necesidad alguna de analizar perspectivas internas y externas de la cuestión ni de llevar a cabo “juicios de experiencia”. Luego, proyectando los rasgos fundamentales de esta cuestión sobre el tema objeto de nuestra atención, una vez verificado el hecho físico de que los conocimientos adquiridos a

¹¹⁴ CONTI, C., *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, Cedam, Padova, 2007, pp. 323 y ss., advierte del peligro de confusión entre “libero convincimento” e “inutilizzabilità” con un lenguaje claro y preciso: “Dovrebbe essere chiaro da tempo, infatti, che il giudice valuta per la decisione le prove legittimamente acquisite nel dibattimento. Eppure si riscontrano ancora oggi, soprattutto in giurisprudenza, pericolose prese di posizione volte a confondere i due piani, con la finalità, più o meno larvata, di “salvare” dati provatori viziati attraverso il deus ex machina della valutazione giudiziale”.

través de la prueba ilícita fueron los únicos que permitieron la obtención de la prueba derivada, siendo aquélla su única razón de ser, la consecuencia jurídica será la prevista en el artículo 11.1 LOPJ: que no surtirán efecto.

Por último, consideramos que parte del problema de la conexión de antijuricidad tiene su origen en la utilización de una terminología equívoca e incorrecta por parte del TC. Y es que una prueba derivada causalmente de otra anterior de carácter ilícito (es decir, que su existencia sólo puede explicarse por los conocimientos indebidamente obtenidos merced a una violación constitucional) nunca puede, en buena lógica, ser denominada “independiente” en sentido estricto, en cuanto que su licitud se halla unida de modo indisoluble, como si de un cordón umbilical se tratara, a la correlativa de la originaria. Ambas, prueba inicial ilícita y prueba derivada comparten un evidente nexo común: su contenido, consistente en las indebidas informaciones y conocimientos obtenidos, por lo que, insistimos, si la primera se declara nula, igual suerte deberá correr su derivada por basarse en información declarada inexistente y que, como tal, no puede surtir efecto alguno.

2.2.2. La teoría de la conexión de antijuridicidad y la teoría penalista de la imputación objetiva: tan cerca y a la vez tan lejos

Como es sabido, la teoría de la imputación objetiva en Derecho penal significa, en síntesis, que la relación causal (nexo físico) entre una acción y un resultado -aunque es necesaria- no es suficiente para imputar el resultado a aquélla. Hace falta un plus, un nexo jurídico. De este modo, para imputar objetivamente un resultado a una acción debemos preguntarnos si la acción es *ex ante* adecuada para producir el resultado, atendiendo a los conocimientos del saber humano, así como a los especiales que pueda tener el sujeto activo¹¹⁵.

¹¹⁵ Sobre la imputación objetiva, *vid., ad exemplum*, MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., *La imputación objetiva del resultado*, Edersa, Madrid, 1992 (se trata de la primera obra en español sobre esta materia) y MIR PUIG, S., “Significado y alcance de la imputación objetiva en Derecho Penal”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2003, núm. 05-05, pp. 05:01 a 05:19. Disponible en el enlace <http://criminet.ugr.es/recpc/05/recpc05-05.pdf>

En efecto, como ha expresado recientemente el TS en su Sentencia núm. 867/2013, de 28 de noviembre, *“la teoría de la imputación objetiva parte de la idea de que la mera verificación de la causalidad natural no es suficiente para la atribución del resultado, en cuanto, comprobada la causalidad natural, se requiere además verificar que la acción ha creado un peligro jurídicamente desaprobado para la producción del resultado, que el resultado producido es la realización del mismo peligro creado por la acción y en cualquier caso, que se trate de uno de los resultados que quiere evitar la norma penal”*.

En palabras de QUINTERO OLIVARES¹¹⁶, con la doctrina de la imputación objetiva se logra superar la sumisión a los dogmas causales, buscando realmente al “autor” del hecho (categoría penal), y no tanto a los sujetos activos causales, pues la imputación del resultado deviene así en una atribución jurídica y no causal.

Se observa, pues, cómo la estructura formal de la teoría de la conexión de antijuricidad y la de la teoría penalista de la imputación objetiva es coincidente¹¹⁷. Sin embargo, en el campo de la ilicitud probatoria, ese plus a la conexión causal denominado conexión de antijuricidad conduce a situaciones del todo opuestas a las que se dan en el ámbito del Derecho penal con la exigencia del nexo jurídico. En efecto, mientras en éste se consigue restringir la aplicación del tipo penal en su vertiente objetiva, en materia de ilicitud probatoria constituye poco menos que una patente de corso al servicio del juzgador, en cuanto que puede éste dotar de eficacia a diligencias probatorias cuya valoración está radicalmente prohibida ex art. 11 LOPJ. Por tanto, mientras que en Derecho penal el plus a la conexión causal que representa la teoría de la imputación objetiva supone un claro refuerzo de las garantías del acusado, en Derecho procesal penal dichas garantías se pueden ver seriamente mermadas por obra de la teoría de la conexión de

¹¹⁶ QUINTERO OLIVARES, G., *Curso de Derecho Penal. Parte General*, CEDECS, Barcelona, 1996, p. 282.

¹¹⁷ Así lo puso de manifiesto VIVES ANTÓN, T., “Consideraciones constitucionales sobre la exclusión de los “frutos del árbol emponzoñado””, *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana* núm. 4, 2002, pp. 5 a 20.

antijuridicidad: una construcción teórica *contra legem*, con la circunstancia agravante de que el precepto legal que se obvia tiene por objeto el desarrollo de derechos fundamentales.

La Sala Segunda del TS no se ha mantenido ajena a las críticas en este sentido y, con tino, afirmó en su Sentencia núm. 1.005/2010, de 11 de noviembre que la denominada *“conexión-desconexión de antijuridicidad”* constituye una *“categoría conceptual de carácter penal sustantivo que el Tribunal Constitucional ha extrapolado al derecho procesal penal al efecto de desactivar la interpretación literal de un precepto cuya aplicación favorece al reo, cual es el art. 11.1 LOPJ”*, lanzándole un dardo envenenado¹¹⁸ - incontestable por demás- al Tribunal de Garantías al considerar que para la denunciada desactivación *“ha operado con parámetros hermenéuticos sustancialmente contrarios a los que la Jurisdicción Constitucional ha utilizado para la interpretación del instituto de la prescripción en sus sentencias 63/2005 y 29/2008, en las que ha primado el tenor literal de la norma (art. 132.2 CP) y su sentido gramatical sobre otros que pudieran extender su interpretación en perjuicio del reo. Criterio que desde luego no se sigue con respecto al tema de la prueba ilícita, en el que se injertan en el art. 11 LOPJ categorías de la dogmática penal para, sobre la base de normativizar mediante conceptos notablemente imprecisos e indeterminados la relación de causalidad que describe el precepto (...), acabar desvirtuando en gran medida el claro tenor literal de la norma aplicable”*. Por su parte, el Voto Particular a la STS núm. 768/2010, de 15 de septiembre¹¹⁹, amplió el espectro de cuestiones en las que el TC ha venido resolviendo de modo diametralmente opuesto a como lo ha hecho en materia de prueba ilícita: así, el Magistrado RAMOS GANCEDO recordó que en la STC núm. 58/2008, de 28 de abril, con motivo de la aplicación del art. 58.1 CP, el Tribunal de Garantías *“dirimió el problema del cómputo del plazo de prisión preventiva*

¹¹⁸ Una “enmienda a la totalidad” de la doctrina de la conexión de antijuridicidad, en palabras de GARRIDO LORENZO, M.A., “Valoración en el juicio oral de la prueba y conexión de antijuridicidad”, *Diario La Ley* núm. 7573, Sección Tribuna, 21 de febrero de 2011.

¹¹⁹ Ponencia del Magistrado RAMOS GANCEDO, quien, incomprensiblemente y en contra de lo dispuesto en el artículo 206 de la LOPJ, amén de expresar el parecer mayoritario de la Sala, emitió el indicado Voto Particular.

admitiendo la posibilidad de que opere en dos causas diferentes en los casos en que ya hubiera sido computado en la ejecución de una sentencia, otorgando así la posibilidad de que opere de nuevo en el propio proceso en que se acordó la medida cautelar a pesar de que ello implique que en un mismo período se compute dos veces a efectos de cumplimiento punitivo. Todo ello con base en una interpretación literal del precepto que favorece el derecho fundamental a la libertad del penado, favorecimiento que impide la implantación de otras interpretaciones extensivas o analógicas". Y, por último, añadió que el TC se ha pronunciado en la misma línea *"en otros casos en que la dicción literal del precepto favorece al reo o posibilita la obtención de una interpretación que tutela en mayor medida un derecho fundamental"*: en relación con la aplicación del delito de intrusismo (STC núm. 111/1993), con respecto al delito de impedimento del ejercicio de derechos cívicos (STC núm. 167/2001); o, en suma, en la interpretación de las normas referentes a las garantías procesales del imputado, atribuyéndoles *"la mayor efectividad posible"*. Así, sin ánimo de exhaustividad, y entre otras muchas materias concernientes a derechos fundamentales: en materia de prisión provisional (STC núm. 61/2001), citaciones y emplazamientos (STC núm. 176/1998), principio acusatorio (STC núm. 347/2006), derecho de defensa y asistencia letrada (STC núm. 160/2009), derecho a la prueba (STC núm. 208/2007), derecho a la doble instancia penal (STC núm. 123/2005), o a las garantías del juicio oral (STC 118/2009).

2.3. EXCEPCIONES A LA INEFICACIA DE LA PRUEBA REFLEJA

Con la exigencia de la conexión de antijuridicidad el TC abre la puerta a algunas supuestas excepciones a la doctrina arbórea. Parece que para el Tribunal de Garantías la expresada doctrina no puede, en principio, operar automática e inevitablemente, sin tomar siquiera en consideración las circunstancias concurrentes en cada caso concreto. Se trataría, así planteado y en una primera aproximación superficial, de una exigencia lógica del principio de proporcionalidad –repelente de todo automatismo–, que el TC ha afrontado elaborando un confuso circunloquio en lugar de marcar directamente y sin ambages cuáles son o deberían ser las excepciones (si es

que, como tal, propiamente dichas, tienen cabida en nuestro ordenamiento) a la ineficacia de la prueba refleja respetando la previsión del artículo 11.1 LOPJ, así como el contenido esencial de los derechos fundamentales afectados en cada caso.

Como señala GÓMEZ COLOMER¹²⁰, en materia de prueba ilícita, España no ha sido ni original ni primeriza en el tiempo, sino que vamos a remolque del derecho anglosajón¹²¹, recurriendo, en ocasiones, a los planteamientos alemanes e italianos, existiendo, no obstante, un común denominador en todos los países: *"del deslumbramiento inicial, por el que cualquier vulneración constitucional que se producía en la obtención o práctica de un medio de prueba en el proceso penal, significaba la exclusión del proceso prácticamente de forma automática de la prueba afectada, es decir de una situación claramente pro «libertad/derechos fundamentales», estamos pasando a un lamentable y preocupante reduccionismo teórico-práctico en el que todo vale si hay algún resquicio a la legalidad. El péndulo hoy se está inclinando claramente a favor de la «eficacia/seguridad»".* Y, precisamente, es la doctrina de la conexión de antijuricidad, y su resultado

¹²⁰ GÓMEZ COLOMER, J.L., "La evolución de las teorías sobre la prueba prohibida...", *op. cit.*, pp. 111 y 112.

¹²¹ En EEUU, ya en el año 2006, se confirmó el declive de la *exclusionary rule* o regla de exclusión. En estos términos se expresa GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., "Nuevas tendencias en materia de prueba ilícita: El caso *Hudson v. Michigan* y el ocaso de la *Exclusionary Rule* en EEUU", *Revista de Derecho y Proceso Penal*, Aranzadi, núm. 20, 2008, p. 23. Por su parte, y con anterioridad, FIDALGO GALLARDO, C., *Las "pruebas ilegales"...*, *op. cit.*, pp. 190 a 192, fue más allá al considerar que el expresado declive comenzó, en realidad, a partir del caso *Mapp v. Ohio* -367 U.S. 643 (1961), de suerte que desde entonces la práctica totalidad de las sentencias de la Corte Suprema que abordaron la cuestión fueron *"erosionando la exclusionary rule, fuese por el lado de sus aspectos sustantivos (...) o por el de los aspectos propiamente procesales"*. El desvanecimiento de la regla de exclusión puede, a nuestro juicio, apreciarse claramente también en el caso *Herring v. United States*. Sobre este último, véase LAFAVE, W.R., "The smell of Herring: a critique of the Supreme Court's latest assault on the Exclusionary Rule", *The Journal of Criminal Law & Criminology*, Vol. 99, No. 3, *Northwestern University, School of Law*, 2009, donde el autor no duda en calificar la decisión como "espantosa" (p. 770) y "completo desastre" (p. 787). A tal extremo se ha llegado en EEUU que no es de extrañar que el ex Fiscal BRADLEY, C.M., haya titulado su reciente artículo "Is the Exclusionary Rule dead?", *The Journal of Criminal Law & Criminology*, Vol. 102, No. 1, *Northwestern University, School of Law*, 2012, pp. 1 a 24. A lo largo de la obra, el expresado ex Fiscal defiende en solitario las dos decisiones traídas a colación en líneas precedentes, así como el más reciente caso *Davis v. United States*, para acabar concluyendo que, a pesar de que ha sido limitada, la regla de exclusión ni ha muerto ni ha sido indebidamente constreñida.

Por último, concluyendo la defunción de la *exclusionary rule* tal y como fue concebida en sus orígenes, MIRANDA ESTRAMPES, M., "La regla de exclusión...", *op. cit.*, 271 a 313.

(las excepciones a la doctrina arbórea), el instrumento a través del cual nuestros Jueces y Tribunales han desequilibrado la balanza.

Ya se ha avanzado que no constituye el objeto (desde luego, no el principal) del presente trabajo examinar en qué supuestos la jurisprudencia ha entendido que existe una ruptura de la conexión jurídica, esto es, cuándo debe otorgarse eficacia a la prueba refleja (la derivada de forma natural - causalmente- de una prueba obtenida inconstitucionalmente), por considerarse jurídicamente independiente o autónoma, sino, más limitadamente, analizar la denominada excepción de la confesión voluntaria del inculpado, esto es, la posibilidad de que la confesión del imputado o acusado sane las pruebas inconstitucionales que hubieran precedido su declaración, o, cuando menos, permita prescindir de aquéllas, mas, no obstante, consideramos preciso, cuando menos, radiografiar del modo más sucinto posible el *status quo* en la más moderna jurisprudencia y analizar críticamente las principales excepciones a la ineficacia de la prueba refleja.

2.3.1. Excepción del descubrimiento inevitable

Esta excepción tiene su origen en los EEUU y fue creada por su Corte Suprema Federal. Concretamente, se aplicó en el caso *Nix v. Williams*¹²². La Corte, aun reconociendo que las declaraciones policiales del investigado indicando dónde había ocultado el cuerpo de la víctima, se llevaron a cabo con violación del derecho a la asistencia letrada, estimó que la localización del cuerpo de la víctima en el lugar al que el sospechoso condujo a la Policía, además de las ulteriores pruebas periciales practicadas sobre el expresado cadáver, no podían ser excluidas, de suerte que, aun prescindiendo de las indicaciones del sospechoso a la Policía, el cuerpo hubiera sido “inevitavelmente descubierto” por las centenas de voluntarios que estaban rastreando la zona donde finalmente fue hallado siguiendo un plan de rastreo diseñado por las autoridades encargadas de la investigación.

¹²² 467 U.S. 431 (1984). No obstante, como indica FIDALGO GALLARDO, C., *Las “pruebas ilegales”*..., *op. cit.*, p. 443, los Tribunales inferiores en jerarquía ya venían aplicándola rutinariamente desde hacía tiempo.

La excepción objeto de estudio permite que la Fiscalía utilice la prueba ilícita derivada si acredita de modo fehaciente que la misma hubiera sido inevitablemente descubierta por medios legales independientes a la actuación policial inconstitucional que, en verdad, posibilitó su obtención¹²³.

Huelga tal vez decir que la doctrina *Nix* tan sólo posibilita la utilización y aprovechamiento de la prueba derivada (“los frutos”), pero no la prueba inicial inconstitucional¹²⁴.

Esta excepción ha venido siendo objeto de aplicación en EEUU cuando la obtención inconstitucional de fuentes de prueba por parte de los agentes policiales tiene lugar en el curso de una investigación en marcha que arrojará como resultado el descubrimiento de fuentes de prueba que hubiesen sido posteriormente obtenidas de todos modos mediante actuaciones policiales paralelas, de tal manera que, al final, la diligencia inconstitucional se limitara a acelerar el descubrimiento¹²⁵. De ahí que OLLÉ SESÉ¹²⁶ haya acertado al apuntar que la tesis del descubrimiento inevitable recuerda, de algún modo, a la teoría penalista de los cursos causales hipotéticos.

En España, se aplicó por primera vez en la STS núm. 974/1997, de 4 de julio¹²⁷, y, posteriormente, en la STC núm. 81/1998, de 2 de abril, utilizándose un doble recurso para la conservación de los efectos de la prueba ilícita: de una parte, una argucia consistente en un ejercicio de imaginación para aplicar una consecuencia jurídica a un hecho inexistente; y, de otra, una apuesta aleatoria o de azar para justificar la pervivencia y

¹²³ Vid., SALAS CALERO, L., “Aspectos materiales y procesales...”, *op. cit.*, pp. 386 y ss.

¹²⁴ En este sentido, MIRANDA ESTRAMPES, M., “La regla de exclusión...”, *op. cit.*, pp. 271 a 313.

¹²⁵ NOTE, “The Inevitable Discovery Exception to the Constitutional Exclusionary Rules”, 74 *Columbia Law Review* 88 (1974), p. 90.

¹²⁶ OLLÉ SESÉ, M., “Intervenciones telefónicas”, en VV.AA., *La prueba en el proceso penal. Su práctica ante los Tribunales*, Colex, Madrid, 1999, p. 250.

¹²⁷ Si bien hay que advertir que se introdujo una restricción a la misma, consistente en que las actuaciones vulneradoras de derechos fundamentales se hayan llevado a cabo de “buena fe”, en aras a evitar que “se propicien actuaciones que tiendan a acelerar por vías no constitucionales la obtención de pruebas que se obtendrían indefectiblemente por otras vías, pero más tardíamente”.

consolidación de la conculcación de los derechos vulnerados. En la expresada STC se trata un supuesto en el que el demandante de amparo fue condenado por la AP de Palma de Mallorca como autor responsable de un delito contra la salud pública, siendo tal decisión confirmada por el TS a pesar de haber declarado el Tribunal de casación que se había vulnerado el derecho fundamental al secreto de las telecomunicaciones del recurrente por razón de la insuficiente motivación del auto que acordó la injerencia en el indicado derecho fundamental. En opinión del demandante de amparo y del Fiscal ante el TC, los elementos de prueba en los que se basó la sentencia condenatoria (ocupación de la droga y testifical de los Guardias Civiles que la llevaron a cabo) debieron reputarse de nula eficacia probatoria dada su derivación y conexión causal con la previa intervención telefónica declarada ilícita por el TS. No obstante, el TC, alineándose con el TS, destaca que en virtud de la intervención telefónica tan sólo se obtuvo un dato neutro, como es el de que el sospechoso iba a efectuar una visita¹²⁸, de tal manera que *“el conocimiento derivado de la injerencia en el derecho fundamental no fue indispensable ni determinante por sí solo de la ocupación de la droga o, lo que es lo mismo, que esa ocupación se hubiera obtenido, también, razonablemente, sin la vulneración del derecho”*. De este modo, a juicio del TC, desde una *“perspectiva jurídica”* se habría roto el nexo entre la prueba originaria y la derivada, llegando a tal conclusión en virtud de *“un juicio de experiencia acerca del grado de conexión que determina la pertinencia o impertinencia de la prueba cuestionada”*. En definitiva, y en lo que aquí interesa, el TC denegó el amparo al considerar que el cuerpo del delito incautado merced al rendimiento del acto de investigación lesivo de un derecho fundamental se habría ocupado igualmente si el expresado derecho no hubiera sido vulnerado.

¹²⁸ Conviene precisar que los Hechos Probados de la Sentencia de instancia establecen que *“a raíz de unas diligencias policiales de investigación que derivaron en la intervención, judicialmente autorizada, del teléfono normalmente utilizado por el acusado Juan Salvador D.D. [el demandante de amparo], fue detenido éste cuando salía de una vivienda habitada por el otro acusado, Vicente S.M., sita en la carretera de Santa Eugenia a Algaida, sobre las 22.45 horas del 2 de junio de 1992, tras un accidentado cerco de la Guardia Civil que incluso resultó con disparos de intimidación y del que salió levemente herido el acusado referido. Al ser detenido, Juan Salvador D. arrojó dos paquetes que contenían, uno, 19,710 gramos de cocaína (...), y el otro, 6,101 gramos de la misma sustancia (...), destinada a su distribución o venta a terceros”*.

La jurisprudencia española parte –a nuestro juicio, con notorio error– de que estamos ante una excepción a la aplicación de la regla de exclusión debido a que se quebraría la conexión de antijuricidad, lo que permitiría considerar la prueba como independiente. Esta conclusión fluye naturalmente de las más recientes resoluciones dictadas por nuestro TS, de las que resulta valioso botón de muestra la STS núm. 116/2013, de 21 de febrero¹²⁹, cuando, reproduciendo las palabras de la STS núm. 161/1999, de 3 de febrero, afirma que *“es la conexión de antijuricidad con las otras pruebas lo que permite determinar el ámbito y extensión de la nulidad declarada, de suerte que si las pruebas incriminadoras “tuvieran una causa real diferente y totalmente ajenas (a la vulneración del derecho fundamental) su validez y la consiguiente posibilidad de valoración a efectos de enervar la presunción de inocencia sería indiscutible...” Doctrina que constituye un sólido cuerpo jurisprudencial del que pueden citarse las SSTC 81/98, 49/99, 94/99, 154/99, 299/2000, 138/2001”*.

Es decir, el TS afirma sin ambages que si las pruebas obtenidas mediante una investigación aparentemente paralela no guardan relación de causalidad con las obtenidas mediante la prueba ilícita la enervación de la presunción de inocencia sería indiscutible. A continuación, la resolución objeto de comentario precisa que *“hay que diferenciar entre las pruebas originales nulas y las derivadas de estas ya directa o indirectamente, de acuerdo con lo prevenido en el art. 11.1 LOPJ, de aquellas otras independientes y autónomas de la prueba nula y ello porque si bien desde una perspectiva de causalidad material pueden aparecer conectadas con el hecho constitutivo de la vulneración del derecho deben estimarse independientes jurídicamente por proceder de fuentes no contaminadas, como serían aquellas pruebas obtenidas fruto de otras vías de investigación tendente a establecer el hecho en que se produjo la prueba prohibida, como sería el supuesto de nulidad de unas intervenciones telefónicas que no extendería a los conocimientos policiales exclusivamente obtenidos a través*

¹²⁹ A pesar de que no versa sobre un supuesto de descubrimiento inevitable.

de vigilancias estáticas y seguimientos acordados al margen de aquella intervención, (.....)".

Cabe, asimismo, traer a colación las enseñanzas compendiadas en la STS núm. 364/2013, de 25 de abril: *"3. Esta Sala ha dicho (Cfr STS nº 885/2002, de 21 de mayo), que la llamada doctrina del "fruit of the poisonous tree" (fruto del árbol envenenado) admite una corrección a través de otra teoría, la del "inevitable discovery" (descubrimiento inevitable). Es decir, cuando la experiencia indica que las circunstancias hubieran llevado necesariamente al mismo resultado, no es posible vincular causalmente la segunda prueba a la anterior, pues en tales casos faltará la llamada, en la terminología del Tribunal Constitucional, "conexión de antijuricidad", que, en realidad presupone, en todos los casos, una conexión causal. Por lo tanto, allí donde la prueba se hubiera obtenido de todos modos, sin necesidad de recurrir a otra anterior, faltará la conexión de antijuricidad, es decir, la relación causal de la primera con la segunda. Con otras palabras: todo resultado que se hubiera producido aunque una de sus condiciones no se hubiera producido, no es el resultado de esa condición".*

Creemos que, con carácter previo a abordar un somero estudio de la supuesta excepción, resulta del todo necesario efectuar la debida corrección del silogismo planteado por el TS en relación al descubrimiento inevitable (*"todo resultado que se hubiera producido aunque una de sus condiciones no se hubiera producido, no es el resultado de esa condición"*).

En cualquier silogismo categórico es preciso distinguir dos conclusiones que pueden ser compatibles e incompatibles. Una de ellas es el corolario lógico que se deriva de las premisas mayor y menor con la conclusión y la otra es su verosimilitud o credibilidad de acuerdo con los conocimientos y la experiencia humana. Planteemos, por ejemplo, el siguiente:

Algunos peces son carnívoros.

Algunas plantas son carnívoras.

En consecuencia, algunas plantas son peces.

Si bien tanto las premisas mayor y menor como la conclusión cumplen estrictamente con las reglas de la más elemental lógica del razonamiento humano, no puede predicarse lo mismo en relación a su verosimilitud o credibilidad, puesto que deviene palmario que algunas plantas no son peces y viceversa.

Aplicando la oportuna exégesis al silogismo categórico contenido en la STS en relación al *inevitable discovery*, debemos concluir que su construcción resulta altamente defectuosa tanto bajo la óptica de la lógica como de su verosimilitud, toda vez que su premisa mayor es falsa en la medida en que toma como punto de partida un hecho incierto (no se produce ningún resultado real o irreal, es decir, no hay descubrimiento merced a los actos de investigación pretendidamente independientes de los practicados con vulneración de derechos). En todos los casos y supuestos se trata de un futuro resultado de producción imposible, puesto que los hechos se esclarecen en virtud, exclusivamente, del rendimiento probatorio de las diligencias de investigación acordadas o practicadas de modo inconstitucional y/o de su efecto reflejo.

A nuestro juicio, en los términos en los que viene planteado el descubrimiento inevitable por parte de la jurisprudencia, no es posible afirmar que constituye una excepción a la regla de exclusión, de suerte que en ningún caso es posible apreciar conexión material y/o jurídica o antijurídica alguna. En efecto, para poder determinar si se quiebra o no la conexión de antijuricidad resulta del todo preciso e indispensable –según la monolítica jurisprudencia al respecto- la concurrencia de dos nexos, en primer lugar, una relación de causalidad material, causa a efecto físico, y, de otra, el especial plus de antijuricidad a dilucidar mediante los denominados “juicios de experiencia”. Pues bien, en el caso del *inevitable discovery* ni siquiera puede ser apreciada la primera condición (que, en realidad, es la única que exige el artículo 11.1 LOPJ), es decir, la existencia de una relación de causalidad material, puesto que para ello sería necesario que los actos de investigación tuvieran su origen y causa en la misma vía que da lugar a la prueba ilícita, lo

que no es el caso. Así, observamos cómo en su afán de tratar de diferenciar las dos presuntas vías de investigación –evitando su conexión- la jurisprudencia lleva la separación hasta el paroxismo, pretendiendo, pues, plantear un escenario de duplicidad de operativos investigativos independientes. Faltaría, por tanto, ya en un primer nivel de consideración, la causalidad material.

En definitiva –siempre según esta doctrina jurisprudencial- no estamos frente a dos pruebas relacionadas por una causalidad, sino ante dos pruebas distintas, autónomas y, por ende, radicalmente independientes, de manera que resulta imposible considerar tal supuesto como excepción de ninguna conexión al faltar el elemento esencial: la existencia ineludible del nexo causal. Sería más propio referirnos a la casualidad que a la causalidad.

Apuntalaremos la crítica de esta doctrina partiendo del análisis de la STS núm. 556/2010, de 10 de junio. La cuestión debatida puede resumirse en los siguientes términos: en un proceso seguido por un supuesto delito contra la salud pública el Tribunal *a quo* declaró la nulidad de las escuchas telefónicas realizadas y pruebas derivadas por haberse acordado con vulneración del derecho fundamental al secreto de las telecomunicaciones. Sin embargo, se condenó al acusado con base en la existencia de otras pretendidas pruebas radicalmente independientes de las declaradas nulas. En síntesis, se consideró como indicio incriminatorio que el recurrente se hallara en la zona del desembarco del hachís durante la noche del día de autos, con los pantalones mojados y restos de arena en sus zapatillas.

El Tribunal *a quo* entendió que no existió vinculación alguna entre el hallazgo del acusado en la playa con las escuchas telefónicas anuladas, por un lado, porque no existió ninguna relación ni comunicación entre los destacamentos de la Guardia Civil del lugar donde tuvieron lugar las escuchas y los del lugar donde tuvo lugar el hallazgo y detención del acusado; y, por otro lado, porque su avistamiento y detención en el expresado lugar tenía su justificación en que son numerosas y constantes las labores de vigilancia en dicha playa, “*por tratarse de una zona "caliente" en*

donde son frecuentes tales desembarcos nocturnos, y por consiguiente, de todos modos descubiertos por los agentes que se dedican a la observación y vigilancia de estas maniobras”.

En resumen, pues, estaríamos ante dos vías de investigación radicalmente independientes y sin vinculación alguna entre ellas, una, ilegal, las escuchas, y otra, legal, la vigilancia de la zona caliente, con lo que estaríamos ante un manifiesto caso de descubrimiento inevitable.

El TS –con buen criterio- casó y anuló la sentencia de instancia a la vista de que los hechos objeto de investigación se detectaron y siguieron mediante conversaciones telefónicas intervenidas por el Juzgado de Instrucción de modo inconstitucional, merced a las cuales se supo que los acusados se encontraban viajando hasta la localidad a la que pertenece la playa donde se produjo finalmente el desembarco de sustancia estupefaciente; y, al carecer los investigadores del partido judicial del Juzgado Instructor de tiempo suficiente para acudir al lugar para abortar dicho desembarco, comunican el dato a la Comandancia de la Guardia Civil más próxima, procediendo algunos de sus integrantes, efectivamente, a abortar la operación e incautar el hachís y a detener a nueve personas.

Previa exposición detallada y minuciosa de doctrina general sobre la conexión de antijuricidad, y entrando en la solución del caso controvertido, la Sala afirmó que en el supuesto sometido a su consideración *“resulta evidente la conexión [de antijuricidad]”*, considerando claro que la detención del recurrente se produjo *“como consecuencia de las informaciones obtenidas a través de las intervenciones telefónicas, que la propia Sala sentenciadora de instancia declaró nulas, sin valor ni efecto, y con el efecto reflejo en “aquellos otros que incurrir en iguales vicios, así como las diligencias derivadas de tales escuchas telefónicas”* y concluyendo que *“las pruebas restantes, es decir, el hallarse el acusado en los alrededores de la playa citada y con las ropas mojadas, tuvo como origen la citada vulneración constitucional, pues de otro modo no se hubieran podido constatar tales hechos, al estar apercebidos los funcionarios policiales del desembarco por dicha prueba nula,*

lo que supone la irradiación de efectos reflejos, a que alude el mencionado art. 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y la ausencia de patrimonio probatorio, lo que determinará la estimación del motivo, y la absolución del recurrente (...)".

Si ya la formulación norteamericana del *inevitable discovery* ha sido, con razón, objeto de crítica al encerrar el criterio de la inevitabilidad una alta dosis de indefinición¹³⁰, con mayor razón merece ser criticada la jurisprudencia española, en cuanto que, como veremos a continuación, ha recepcionado la expresada excepción sustituyendo el criterio de la inevitabilidad por otro distinto: el de la probabilidad. Esta degradación se aprecia claramente en la STS núm. 818/2011, de 21 de julio: *"Esta construcción [la conexión de antijuricidad] produce, el efecto, según la doctrina, sin reducción del estándar de inevitabilidad exigido en la excepción norteamericana del "inevitable discovery", que obliga a las acusaciones a acreditar de forma fehaciente que la prueba se hubiera obtenido necesariamente aún cuando la inicial ilicitud no hubiera tenido lugar, esto es, la inevitabilidad del descubrimiento por medios lícitos. Por tanto, el estándar de inevitabilidad se sustituye por el menos exigente de "probabilidad", ampliándose de esta forma el campo de aplicación de la excepción y reduciéndose, correlativamente, el ámbito de operatividad de la regla de exclusión. Dicha excepción parece inspirarse en la doctrina alemana de los "cursos de investigación hipotéticos según la cual la utilización del material probatorio obtenido ilícitamente debería aceptarse en los supuestos en que el mismo pudo haber sido obtenido sin una lesión de las prohibiciones establecidas para la obtención de pruebas" (STS. 53/2011 de 10.2)*".

Atendido el planteamiento de la cuestión, para desvirtuar la teoría aleatoria de la probabilidad del descubrimiento, desde luego, más propia de los juegos de azar que del Derecho, debemos desviar nuestra atención, siquiera sea de modo breve, al mundo de las leyes de la probabilidad y matemática estadística.

¹³⁰ Así, MIRANDA ESTRAMPES, M., "La regla de exclusión...", *op. cit.*, pp. 271 a 313.

La definición clásica de la probabilidad atribuida a LAPLACE establece que la probabilidad de un suceso es igual al cociente entre el número de casos favorables de que ocurra y el número de casos posibles en el supuesto de que todos los casos tengan la misma oportunidad de ocurrir (es decir, sean igualmente probables). El ejemplo típico de esta clase de sucesos es el lanzamiento de una moneda al aire y sus resultados posibles (cara o cruz).

Pues bien, en relación al eventual descubrimiento de un hecho futuro, la ley de probabilidades clásica establece que caben dos soluciones posibles: que se descubra o que no se descubra. Por tanto, siguiendo la expresada fórmula, dividiremos el caso favorable, uno (que se descubra), entre el número de casos posibles, dos (que se descubra o que no se descubra), es decir, uno dividido entre dos, lo que arroja 0,50 como resultado. En resumen, la previsión de probabilidad de que se descubra el hecho es del cincuenta por ciento.

Parece claro que este resultado no abona la teoría jurisprudencial objeto de comentario, ya que su afirmación, basada en una predicción o apuesta de futuro, de que las posibilidades de haber sido descubiertos los hechos por parte de la Policía a través de medios lícitos era de un cien por cien (de ahí el calificativo inevitable en EEUU) o algo menos (en España, como se ha visto, se utiliza el calificativo probable) queda contradicha y rebatida por lo expuesto, que reduce en la realidad la eficacia del acierto de la predicción a un cincuenta por cien, con lo que la probabilidad del descubrimiento se iguala con la improbabilidad. Ello obliga a concluir que el fallo judicial basado en la tan traída doctrina se convertiría en algo muy parecido al resultado del lanzamiento de una moneda.

Si sustituimos la ley de probabilidades clásica (que, como se ha visto, parte de la equiprobabilidad de dos opciones posibles) por la actualmente reconocida como más eficiente ley de probabilidades estadísticas, consistente en el límite al que tiende la frecuencia relativa de aparición de un suceso cuando el número de ensayos es muy elevado o muy cercano al

infinito, los resultados tampoco abonan –antes al contrario- la doctrina del descubrimiento inevitable. Y es que tomando como sólido punto de referencia el resultado estadístico que proporcionan anualmente los propios encargados de la investigación y represión de los delitos, el Anuario Estadístico del Ministerio del Interior, estamos en condiciones de demostrar lo desacertada que resulta la formulación del *inevitable discovery* en España. El documento correspondiente al año 2012¹³¹ refleja un cuadro de hechos conocidos y esclarecidos anualmente durante los años 2007 a 2012.

Año	Conocidos	Esclarecidos	% de éxito
2007	1.086390	387.062	35,62
2008	1.176.501	435.136	36,98
2009	1.150.208	425.408	36,98
2010	1.121.884	420.769	37,50
2011	1.117.293	427.996	38,30
2012	1.111.695	416.559	37,47

Así pues, el promedio aritmético de los porcentajes de éxito¹³² se sitúa en el 37,14%, de tal manera que dando por válidos –con ciertas reservas, atendida la fuente (los propios investigadores)- los números resulta que el porcentaje promedio de la tasa de eficacia policial (casos esclarecidos o descubiertos sobre un total de casos conocidos o acaecidos) de los últimos años, de cada cien delitos conocidos e investigados por la Policía (en sentido

¹³¹ Concretamente en su p. 147. El documento puede consultarse en el siguiente enlace: <http://www.interior.gob.es/file/63/63661/63661.pdf> (última consulta 16 de enero de 2014).

¹³² Cuya obtención requiere sumar todos los porcentajes anuales y dividir el resultado (222,85) por el número de años a los que se refiere la estadística (6).

lato) se esclarecen o descubren –utilizando la terminología jurisprudencial- probable o inevitablemente treinta y siete¹³³. *Res ipsa loquitur*.

En resumidas cuentas, y redondeando a efectos expositivos, de cada tres delitos cometidos en España anualmente tan sólo se esclarece o descubre uno.

Por último, creemos conveniente dejar anotado que en el apartado b) del artículo 13.2 del Borrador de Anteproyecto de Código Procesal Penal (BACPP, en lo sucesivo) presentado el pasado día 25 de febrero de 2013 en el Ministerio de Justicia se propone positivizar en nuestro ordenamiento jurídico el denominado descubrimiento inevitable como excepción a la ineficacia de la prueba refleja cuando ésta sea *“consecuencia indirecta de la vulneración de un derecho fundamental si, con independencia de la existencia del nexo causal entre la infracción del derecho fundamental y la fuente de prueba, en atención a las concretas circunstancias del caso, se llega a la certeza de que, conforme al curso ordinario de la investigación, la fuente de prueba hubiera sido descubierta en todo caso”*. A pesar de que ya hemos mostrado nuestro desacuerdo al respecto, justo es reconocer que esta redacción lograría una teórica mejora de la situación denunciada en los párrafos precedentes, en la medida en que, frente a las probabilidades con las que se viene conformando la jurisprudencia española, el precepto proyectado exige la obtención de una certeza, en la línea de la jurisprudencia norteamericana, mas, a nuestro juicio, tal requisito es puramente nominal, de suerte que la certeza no exigirá evidencias objetivas (que es lo que la certeza requiere) sino simplemente la mera apreciación personal y, por tanto, subjetiva del Juez o Tribunal.

2.3.2. Excepción de la fuente independiente

¹³³ De los cuales se ignora cuántos han sido descubiertos merced a diligencias que atentan contra los derechos fundamentales del investigado.

Como señala FIDALGO GALLARDO¹³⁴, esta doctrina norteamericana (conocida como *independent source*) opera cuando las pruebas que se pretenden excluir por considerarse derivadas de una violación de derechos anterior derivan, en realidad, de una fuente independiente en la que la actuación policial habría sido respetuosa con los derechos del investigado, por lo que no procederá aplicar la *fruit of the poisonous tree doctrine*. De este modo, parece evidente que este supuesto no constituye una excepción propiamente dicha a la regla de exclusión¹³⁵, ya que se refiere a circunstancias en la que la prueba no es fruto de un árbol envenenado, sino de otro perfectamente sano. Coexisten, pues, dos fuentes, de tal manera que aunque la inconstitucional hubiera obligado a excluir la prueba derivada, en la medida en que el descubrimiento también se realizó a partir de otra constitucional, no procederá aplicar la doctrina arbórea.

En palabras de la Corte Suprema Federal en el caso *Silverthorne*¹³⁶, los datos que hayan podido ser obtenidos mediante violaciones constitucionales “[no] se convierten en sagrados e inaccesibles. Si el conocimiento de los mismos se consigue mediante una fuente independiente pueden ser probados como cualesquiera otros”¹³⁷.

El caso resuelto en *U.S. v. Crews*¹³⁸ constituye un buen ejemplo de la doctrina objeto de comentario. Una víctima de un robo a punta de pistola facilitó a la Policía una descripción completa del autor. Algunos días más tarde, el acusado, cuya descripción coincidía con la facilitada por la víctima del robo, fue avistado por la Policía en la zona donde había tenido lugar el acto depredatorio, y, tras un intento infructuoso de fotografiarle, se procedió a su detención, aparentemente por una sospecha de “novillos en la escuela”.

¹³⁴ FIDALGO GALLARDO, C., *Las “pruebas ilegales”:...*, op. cit., p. 438.

¹³⁵ FIDALGO GALLARDO, C., *ibídem*; asimismo, vid. MARTÍNEZ GARCÍA, E., *Eficacia de la prueba ilícita en el proceso penal (a la luz de la STC 81/98, de 2 abril)*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 73 y 74.

¹³⁶ *Silverthorne Lumber Co. v. United States*, 251 U.S. 385 (1920).

¹³⁷ “(...) *this does not mean that the facts thus obtained become sacred and inaccessible. If knowledge of them is gained from an independent source, they may be proved like any others*”.

¹³⁸ 445 U.S. 463 (1980).

Se le condujo a la Comisaría, donde fue interrogado brevemente y, esta vez sí, fotografiado, siendo, a continuación, puesto en libertad. La fotografía tomada en la Comisaría sirvió para que la víctima identificara a su agresor. Ante tal reconocimiento fotográfico, el acusado fue nuevamente detenido por la Policía y, además, identificado por la víctima en una rueda de reconocimiento. Pues bien, ya en sede judicial, a pesar de que la Defensa del acusado logró que el Tribunal de primera instancia suprimiera los testimonios de identificación (fotográfica y en rueda) al haber sido detenido –la primera ocasión- sin causa probable, evitando así su presentación en juicio, el Tribunal consideró, no obstante, que la capacidad de la víctima para identificar al acusado en el juicio oral gozaba de un carácter independiente, de tal manera que consideró admisible el testimonio de la víctima en juicio, donde nuevamente identificó al acusado como el autor del robo. En primera instancia, el acusado fue declarado culpable. Sin embargo, la Corte de Apelaciones del circuito correspondiente revocó la condena impuesta en la instancia, al considerar que la identificación en el Plenario debió haber sido excluida en tanto que derivada de una previa vulneración de los derechos del acusado. Por su parte, la Corte Suprema Federal concluyó la admisibilidad de la identificación en juicio, argumentando que el conocimiento de la identidad del acusado por parte de la Policía y los recuerdos de la víctima eran independientes a la detención ilegal, por lo que no implicaban violación de derecho alguno. Para la Corte, pues, esa ilícita conducta policial no podía gozar de tanto poder como para privar al Gobierno de intentar probar la culpabilidad del acusado a través de la aportación de pruebas limpias, no contaminadas por la expresada conducta.

Asimismo, la doctrina de la *independent source* fue objeto de aplicación en el caso *Segura*¹³⁹. En el marco de una investigación de un delito contra la salud pública, la Policía entró inicialmente en un domicilio sin autorización judicial, procediendo a la detención de los moradores y permaneciendo en su interior durante varias horas a la espera de una autorización, que finalmente fue concedida merced a los indicios recabados

¹³⁹ *Segura v. United States*, 468 U.S. 796 (1984).

por los agentes policiales con anterioridad a que tuviera lugar el registro inconstitucional. Por ello, tan sólo se excluyeron del acervo indiciario los hallazgos obtenidos con la primera entrada en el domicilio, admitiéndose, sin embargo, los descubiertos con posterioridad a que los agentes contaran con la autorización judicial. La Corte Suprema, con dudoso criterio, concluyó que el resultado de este segundo registro (en este caso, legal) estaba totalmente desvinculado de la anterior entrada ilegal.

Esta “excepción” se ha hipertrofiado en EEUU hasta tal extremo que incluso en los supuestos en los que se violan los derechos del detenido en Comisaría y se obtiene del mismo una confesión, se considera que la Policía puede utilizar las pistas o informaciones que ofrezca aquél durante el interrogatorio para llevar a cabo su investigación. Luego, se tolera la utilización de pruebas causalmente conectadas u obtenidas merced a una prueba ilícita¹⁴⁰. Así, en el caso *Michigan v. Tucker*¹⁴¹, a pesar de reconocerse que la confesión del acusado en Comisaría se obtuvo con vulneración de sus derechos, se permitió la declaración en juicio de un testigo cuya identidad afloró, precisamente, durante la expresada confesión y que, a la postre, incriminó al acusado.

A nuestro juicio, no debe confundirse –como, de hecho, se confunde¹⁴²– que merced a la doctrina de la conexión de antijuricidad determinadas fuentes de prueba sean consideradas jurídicamente independientes con la aplicación de la doctrina norteamericana de la *independent source* en España, de suerte que, en realidad, en este último caso no estaríamos ante una verdadera excepción a la regla de exclusión consagrada en el artículo 11.1 LOPJ, sino ante la consecuencia lógica y necesaria de la no concurrencia de los presupuestos de dicha regla; y, más

¹⁴⁰ En esta línea, MIRANDA ESTRAMPES, M., “La regla de exclusión en el sistema estadounidense...”, *op. cit.*, pp. 271 a 313.

¹⁴¹ 417 U.S. 433 (1974).

¹⁴² Así, por ejemplo, FIDALGO GALLARDO, C., *Las “pruebas ilegales”...*, *op. cit.*, p. 36, cuando afirma que en España, tanto el TS como TC han aplicado el correlato de la doctrina de la fuente independiente, por ejemplo, en la STC núm. 81/1998, de 2 de abril (que –como se ha visto– es precisamente la resolución que sentó las bases de la teoría de la conexión de antijuricidad).

concretamente, de la inexistencia de conexión causal entre la fuente de prueba inconstitucionalmente obtenida y la fuente de prueba subsiguiente, ya que ésta no puede considerarse “derivada” de la ilícita, sino de una fuente “sana”.

2.3.3. ¿Hallazgo casual?

Constituye un común denominador en la jurisprudencia española incluir el hallazgo casual en la enumeración de posibles supuestos de desconexión entre la obtención inconstitucional de fuentes de prueba y una prueba derivada, pero esta inclusión, hasta donde alcanzamos, se ha venido llevando a cabo sin acompañarse de una mínima explicación (por todas, SSTS núm. 320/2011, de 22 de abril y 988/2011, de 30 de septiembre).

Ya avanzamos que, a nuestro juicio, el denominado hallazgo casual no constituye ninguna excepción a la eficacia refleja de la prueba ilícita en la medida en que ni siquiera se cumpliría el primer presupuesto exigido por la doctrina de la conexión de antijuricidad (el nexo causal).

De entrada, nótese que en el caso del descubrimiento inevitable el hallazgo de fuentes de prueba sería “esperado”, mientras que en la pretendida excepción que está siendo objeto de tratamiento en este apartado sería “inesperado”.

Así pues, el hallazgo casual consiste en el descubrimiento sorpresivo e inesperado –por tanto, no buscado *ex professo*- de alguna fuente de prueba relativa a un delito no investigado inicialmente, con ocasión de alguna intervención restrictiva de derechos, ordenada o no judicialmente (generalmente, escuchas telefónicas y/o registros domiciliarios¹⁴³), conforme

¹⁴³ Debe precisarse que el TS ha venido marcando las diferencias existentes entre las diligencias de intervención telefónica y de registro domiciliario en los supuestos en que se descubre un objeto delictivo distinto al que, en origen, motivó la adopción de la respectiva diligencia de investigación. En efecto, la reciente STS núm. 17/2014, de 28 de enero, con cita de otras muchas, recuerda que no se puede seguir el mismo criterio con los hallazgos que surgen en un registro judicialmente acordado que con los que afloran en el transcurso una intervención telefónica, en cuanto que ésta, por su propia naturaleza, presupone una

al principio de especialidad, en aras a la obtención de fuentes de prueba relacionadas con otro delito distinto del que afloraría.

La jurisprudencia se ha mostrado unánime al exigir la inexcusable concurrencia de la flagrancia como presupuesto habilitante. Así, en la STS núm. 885/2004, de 5 de julio, se dice que *"las Sentencias de esta Sala, 1004/1999, de 18 de junio y 1990/2002, de 29 de noviembre, sientan la doctrina de que si el hallazgo es casual, no por ello deja de tener valor lo encontrado, siempre que estemos en presencia de flagrancia delictiva..."*.

Debemos precisar que la presente definición sobre la concepción del hallazgo hace referencia exclusivamente a los supuestos en los que el acto investigativo que posibilita el descubrimiento es estrictamente lícito, puesto que si fuera ilícito el alcance a otorgar al hallazgo no sería otro que el propio de una prueba derivada de la prueba ilícita inicial, lo que determinaría su nulidad radical, conforme a lo dispuesto en el artículo 11.1 LOPJ.

Veamos, en cualquier caso, las clases de hallazgo casual atendiendo al parámetro de la licitud o ilicitud de los actos de investigación correspondientes al delito que dio lugar a la incoación de la causa penal o a la adopción de la medida restrictiva de derechos:

a) Hallazgo casual durante la práctica de una diligencia de investigación lícita.

En estos casos, el procedimiento de validación y eficacia del hallazgo casual variará en función de si afloran delitos conexos o inconexos, de acuerdo con la jurisprudencia más consolidada y reciente (por todas, *vid.* la STS núm. 291/2013, de 14 de marzo, que, a su vez, recoge las enseñanzas de otras muchas). Así:

i) Presuntos delitos conexos.

prolongación temporal que permite una ampliación de la autorización judicial, mientras que aquél se caracteriza por su realización en unidad de acto, de tal manera que, en principio, el hallazgo, como veremos más adelante, se instalaría en la nota de flagrancia.

Según esta jurisprudencia, si los hechos descubiertos tienen conexión (artículo 17.5 LECrim.) con los que son objeto de procedimiento instructorio, los hallazgos surtirán efectos tanto de investigación como, posteriormente y en su caso, de prueba.

Cuando se trate de un hallazgo ocasional o casual obtenido a partir de una diligencia de investigación lícita, los descubrimientos que guarden relación directa con la causa conforme a la regla de conexidad del artículo 17 LECrim., serán incorporados a la causa inicial, previo dictado de un Auto motivado por parte del Juez de Instrucción, ampliando las diligencias de investigación.

ii) Presuntos delitos independientes o inconexos.

Según la jurisprudencia de referencia, si los hechos ocasionalmente conocidos no guardaran la expresada conexión con los causantes del acuerdo de la medida y aparentaran *“una gravedad penal suficiente como para tolerar proporcionalmente su adopción”*, se considerarán como mera *notitia criminis* y se deducirá testimonio a fin de que se inicie el proceso penal que proceda por parte del Juzgado de Instrucción que por turno de reparto corresponda, toda vez que el artículo 300 LECrim. dispone que cada delito debe ser objeto de un sumario, salvo que se trate de delitos conexos.

En este supuesto, cuando estemos ante delitos independientes o inconexos debería, a nuestro juicio, rechazarse –con las salvedades que se reseñarán *infra*- cualquier diligencia de investigación u otorgar carácter de *notitia criminis* al hallazgo, declarando su nulidad radical, ya que sería muy eficiente, pero totalmente inconstitucional e ilegal, permitir a los investigadores, bajo pretexto de una imputación en concreto, convertir la investigación en una causa prospectiva o universal de análisis de cuantas supuestas actividades ilícitas realice el ciudadano afectado.

Sea como fuere, resulta realmente llamativa la descoordinación imperante en la Sala Segunda del TS en lo que respecta a la necesidad o no del dictado de un Auto ampliatorio de los límites de la investigación para el

debido tratamiento procesal del hallazgo casual, lo que genera un clima de indeseable inseguridad jurídica. Así, mientras que la ya citada STS núm. 291/2013 declara que cuando el hallazgo comporta un delito conexo con el inicial investigado su incorporación al proceso se hará sin necesidad de Auto ampliatorio de la investigación (siendo suficiente con “*comunicarse el hallazgo al Juez instructor y éste ampliar la investigación al nuevo delito sin que se exija la formalidad de dictar nuevo auto, de intervenciones telefónicas*”), la STS núm. 864/2013, de 19 de noviembre, afirma la necesidad del dictado de Auto ampliatorio.

b) Hallazgo casual durante la práctica de una diligencia de investigación ilícita.

En tal caso, como hemos avanzado, atendido el origen ilícito de la diligencia madre, la nulidad arrastrará también a ese hallazgo (casual o no). En efecto, el artículo 11.1 LOPJ no distingue y sabido es que *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*, máxime en materia de derechos fundamentales.

No podemos dejar de llamar la atención acerca de que, de un repaso de la jurisprudencia penal actual, el hallazgo casual está siendo utilizado en numerosos casos y cada vez con mayor intensidad y extensión por parte de los investigadores policiales como pretexto para someter a los sospechosos a una auténtica causa general (*inquisitio generalis*)¹⁴⁴ que pretende dilucidar cuantos hechos delictivos puedan haber cometido, a pesar de la existencia de una resolución judicial que delimita los diques de los investigadores conforme a las exigencias del principio de especialidad, que, con la aquiescencia de Juzgados y Tribunales, acaba *de facto* vacío de contenido.

Partiendo de un posicionamiento basado en el respeto de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico no pueden compartirse los argumentos plasmados en la STS núm. 48/2013, de 23 de enero, en cuanto que, en nuestra opinión, a pesar de que su redacción es impecable, posibilita

¹⁴⁴ Sobre la causa general y los fundamentos de su interdicción, *vid.* AGUILERA MORALES, M., *Proceso penal y causa general*, Civitas, 2008.

la investigación prospectiva o general cuando afirma que nuestra Carta Magna *"no exige, en modo alguno, que el funcionario que se encuentre investigando unos hechos de apariencia delictiva cierre los ojos ante los indicios de delito que se presentasen a su vista, aunque los hallados casualmente sean distintos a los hechos comprendidos en su investigación oficial, siempre que ésta no sea utilizada fraudulentamente para burlar las garantías de los derechos fundamentales (STC 49/1996, 26 de marzo) y también que, el que se estén investigando unos hechos delictivos no impide la persecución de cualesquiera otros distintos que sean descubiertos por casualidad al investigar aquéllas, pues los funcionarios de policía tienen el deber de poner en conocimiento de la autoridad penal competente los delitos de que tuviera conocimiento, practicando incluso las diligencias de prevención que fueran necesarias por razón de urgencia, tal y como disponen los arts. 259 y 284 LECrim."*

Alcanzamos esta conclusión debido a que si bien compartimos que los investigadores no pueden obviar los indicios de otros delitos que se ofrezcan ante ellos, la situación opuesta, esto es, que los investigadores busquen con ahínco, de modo intencionado y deliberado, tales nuevos indicios desbordando los diques marcados por la resolución judicial habilitante deviene de imposible acreditación, máxime cuando entre ambos extremos del péndulo existen zonas grises. Es más, no nos consta ni un solo supuesto en el que los Jueces o Tribunales hayan reprochado a los investigadores una concienzuda búsqueda de algo que no estaba siendo objeto de investigación y que cristalizara en un hallazgo "casual".

Si bien es razonable aceptar que, por ejemplo, fruto de un registro legal cuyo objeto señalado en el Auto habilitante fuera la búsqueda de evidencias de la comisión de un delito contra la libertad sexual (un pasamontañas o una prenda descrita por la víctima) se halle casualmente una pistola ilegal, en cuanto que para ello sería suficiente su mera visualización física, o incluso el rastreo de armarios y cajones, por el contrario, no puede aceptarse que en el mismo supuesto de hecho se proceda a revisar de modo concienzudo y pormenorizado la documentación

contenida en soportes de papel o ficheros informáticos, en cuanto que las informaciones e indicios que, en su caso, se obtengan difícilmente guardarán relación con el delito investigado.

Veámoslo desde otro prisma. No cabe duda de que causaría rechazo en cualquier operador jurídico un Auto de entrada y registro domiciliario que contuviera los siguientes términos: *“Atendidos los subjetivos informes policiales relativos a la nada fundada presunción de la existencia de múltiples y graves actividades delictivas de toda naturaleza y condición, autorizo la entrada y registro en el domicilio señalado, con duración y horarios indefinidos, pudiendo los actuantes examinar, analizar y retirar cuantos objetos, documentos y demás elementos, sin excepción alguna, estén contenidos en el interior del domicilio y que puedan tener posible relación directa o indirecta con cualquier clase de delito de los tipificados en el vigente Código Penal”*.

Nadie dudaría en suscribir que tal resolución judicial entraña una causa general, una inadmisibile intromisión en la vida privada de los ciudadanos, una investigación prospectiva, etc. Sin embargo, cuando el Auto presenta una apariencia formal y materialmente correcta, por mucho que los investigadores amplíen *de facto* sus labores de búsqueda a toda clase de delitos heterogéneos, una vez producido el descubrimiento (in)esperado, quedan totalmente amparadas las búsquedas por la doctrina del hallazgo casual¹⁴⁵.

En Norteamérica, estas operaciones policiales han sido bautizadas como *fishing expeditions* (expediciones de pesca), con lo que trasluce adecuadamente el sentir y proceder policial que quiere denunciarse en términos piscícolas: *salimos a pescar meros pero si encontramos rodaballos, merluzas o salmonetes bienvenidos sean*. Obviamente, se acepta que en el

¹⁴⁵ Por ello, no podemos compartir las reflexiones contenidas en la precitada STS núm. 17/2014. En síntesis, esta resolución concluye que los hallazgos obtenidos durante la práctica de una diligencia de entrada y registro correctamente autorizada por la autoridad judicial quedarían bajo el paraguas de la legalidad de la previa autorización judicial, en cuanto que la diligencia discurriría *“en un ámbito perfectamente legítimo, en sus dimensiones espacial y temporal”*.

ámbito de la pesca, dada su naturaleza, exista una incertidumbre razonable sobre las especies que se van a capturar al final de la jornada, mas ello resulta inadmisibile en las expediciones policiales y judiciales que se proyectan sobre los ciudadanos amparados por el ordenamiento jurídico.

Del estudio de la jurisprudencia sobre esta cuestión se desprende que resulta prácticamente unánime derivar la legitimación del hallazgo y, en consecuencia, su plenitud de efectos jurídicos en el proceso, cuando aquél guarda relación con el objeto de la investigación (conexidad), mientras que, en último término, en ambas modalidades (esto es, exista o no conexidad) prevalece como razón justificadora de la eficacia la nota de flagrancia.

Mas tal requisito, la flagrancia, entendida como la comisión actual de un delito o su reciente consumación, si bien no tendrá excesivas dificultades de aplicación cuando en el curso de un registro domiciliario los investigadores descubran a una persona recién fallecida con evidentes señales de violencia, puede, a nuestro juicio, llegar a ser de imposible apreciación cuando se trate de indicios de delitos socioeconómicos. Y ello por cuanto estas infracciones, que suelen evidenciarse a través de soportes documentales e informáticos, requieren un profundo estudio de imposible aplicación durante el acto del registro domiciliario (no en vano, en la práctica se realiza un inventario y al cabo de un tiempo los investigadores presentan al Juzgado las conclusiones derivadas de su análisis).

Así las cosas, no puede compartirse ni el razonamiento ni la solución ofrecida por la STS núm. 811/2012, de 30 de octubre, en un supuesto en el que las fuentes de prueba obtenidas en el curso de una entrada y registro autorizada judicialmente en un procedimiento seguido por un delito contra la salud pública culminó con la declaración de nulidad radical de las diligencias de investigación previas al registro (escuchas telefónicas), así como de éste y de los hallazgos habidos durante su práctica, mas únicamente en lo que al delito contra la salud pública se refiere, conservándose, no obstante, indicios de naturaleza documental de un delito distinto (*“corrupción del funcionario policial investigado, o en su caso blanqueo de capitales”*) hallados “casualmente” en el tan traído registro, el cual, a juicio del TS, a pesar de

verse afectado por el efecto reflejo de la prueba ilícita, en la medida en que fue *“realizado de buena fe y con la pertinente autorización judicial”*, permitía una suerte de convalidación del expresado hallazgo casual. La resolución objeto de comentario destaca que *“el referido registro es desde un punto de vista intrínseco constitucionalmente legítimo, conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional. Su anulación se ha producido, nueve años después de su realización, por el efecto reflejo de una prueba ilícita, pero en el momento de su práctica su constitucionalidad aparente podía perfectamente fundamentar una actuación de buena fe que llevase a la iniciación de una investigación separada e independiente de los indicios de otro delito distinto casualmente hallados en el registro”*.

Afirmar con rotundidad que estamos ante un supuesto de ruptura de la conexión de antijuricidad, al tratarse de un registro domiciliario *“intrínsecamente constitucional”*, cuando es un hecho indubitado y reconocido en la propia resolución que el registro fue declarado nulo por ser inconstitucional no deja de ser asombroso.

Por último, y a la vista de que hemos sostenido que la doctrina del hallazgo casual constituye un inmejorable vehículo o instrumento para que los investigadores realicen y, a la postre, justifiquen los descubrimientos supuestamente casuales de delitos que en principio no venían siendo investigados, so pretexto de actuar de buena fe, descartaremos que en el ordenamiento jurídico español la buena fe del agente infractor constituya un criterio hábil para incidir en el desenlace del proceso, esto es, que pueda erigirse en obstáculo para la aplicación de la regla de exclusión consagrada en el artículo 11.1 LOPJ.

A pesar de que, como se ha visto, el TS haya introducido en algunas ocasiones un guiño a la buena fe del agente infractor¹⁴⁶, hasta donde

¹⁴⁶ Concretamente, en materia de hallazgo casual, y aun sin referirse expresamente a la buena fe, puede interpretarse, *a sensu contrario*, que, de algún modo, el TS tuvo presente este parámetro cuando afirmó, en la STS núm. 17/2014, que *“tan sólo si se advirtiera que todo ello [el hallazgo, en el trascurso de un registro domiciliario correctamente autorizado por un delito, de evidencias relativas a otro delito distinto] pueda responder, en realidad, a un designio intencionado de los funcionarios solicitantes del registro que fraudulentamente*

alcanzamos, ninguna de sus resoluciones se ha apoyado única o fundamentalmente en tal parámetro¹⁴⁷. Por el contrario, el TC, en su aislada Sentencia núm. 22/2003, de 10 de febrero, aunque con alusiones al hallazgo casual, hizo gravitar en buena medida la resolución de la cuestión en la buena fe de los agentes policiales que obtuvieron una fuente de prueba esencial para la condena del acusado con manifiesta violación de su derecho fundamental a la inviolabilidad domiciliaria. En efecto, el máximo intérprete de la Constitución entendió -en esta única ocasión- que, en caso de razonable buena fe por parte del sujeto infractor, la aplicación de la regla de exclusión se revelaría como un “*remedio impertinente y excesivo*”. Hasta la fecha, y también desde entonces, el TC tan sólo había venido valorando la buena fe del agente infractor, junto con otros parámetros, a la hora de analizar la validez de las pruebas reflejas (esto es, pruebas en lícitas en sí mismas, pero que derivan de otras de forma inconstitucional)¹⁴⁸, mas en ningún caso en el terreno de las pruebas directamente obtenidas violentando derechos fundamentales, que es, precisamente, su campo de aplicación en EEUU¹⁴⁹. A pesar de ello, la STC objeto de comentario evitó analizar, en abstracto, la excepción norteamericana de la buena fe y eludió siquiera cuestionarse su cabida en nuestro ordenamiento jurídico¹⁵⁰. La aplicó directamente, sin más,

hubieren ocultado al Juez autorizante, por las razones que fueren, el verdadero motivo de su investigación, la violación del domicilio habría de ser considerada nula”. Creemos que no está de más destacar que advertir tal circunstancia puede llegar a ser una misión imposible.

¹⁴⁷ Lo cual no es de extrañar, en cuanto que creemos que no admite discusión que la excepción norteamericana de la buena fe no tiene cabida en nuestro ordenamiento jurídico debido al distinto fundamento de la regla de exclusión en EEUU (disuasorio) y en España (constitucional). En cualquier caso, debemos aclarar que en este trabajo de investigación la *good faith exception* no ha sido objeto de inclusión entre las supuestas excepciones a la ineficacia refleja, de suerte que, amén de que resulta una excepción por completo ajena a nuestro Derecho, constituye una excepción a la eficacia *directa* de la prueba ilícita.

¹⁴⁸ Entre otras, en la STC núm. 81/1998.

¹⁴⁹ El *leading case* lo constituye la resolución del caso *U.S. v. Leon*, 468 U.S. 897 (1984). La Corte resolvió un supuesto en el que la Policía practicó un registro domiciliario amparado por una resolución judicial, de buena fe y en la razonable confianza de que la expresada resolución era válida, dándose la circunstancia de que un Tribunal superior consideró con posterioridad que no era así, sino que el Juez había autorizado el registro sin que concurriera causa probable. Era evidente que, basándose la regla de exclusión norteamericana en el efecto disuasorio y estando destinada a prevenir actuaciones policiales que atenten contra los derechos de los investigados, debía excepcionarse en este caso la aplicación de la *exclusionary rule*.

¹⁵⁰ Muy acertado resulta el Voto Particular a la STC objeto de comentario cuando afirma que “*pese a la inexistencia de dolo o imprudencia, pese a la buena fe policial, desde la perspectiva constitucional que nos corresponde debemos afirmar que objetivamente el*

como si de algo trivial se tratara, cuando, en realidad, la estaba tomando prestada por primera vez de la jurisprudencia norteamericana, donde la misma no goza, por cierto, de muy buena prensa¹⁵¹ por motivos obvios: es muy complicado fijar sus contornos, lo cual crea un indeseable clima de inseguridad jurídica.

2.3.4. Excepción del nexo causal atenuado: la confesión informada y voluntaria del inculpado como paradigma (remisión)

También esta excepción (que probablemente sea la única que merezca tal denominación) tiene su origen en EEUU. En efecto, la Corte Suprema Federal estadounidense admitió en el ya citado caso *Nardone*¹⁵², la denominada *attenuated connection doctrine* o *purged taint*. En la expresada decisión se afirmó: “(...) *evidence is not to be excluded if the connection between the illegal police conduct and the discovery and seizure of the evidence is "so attenuated as to dissipate the taint"*”.

Con arreglo a la teoría del nexo causal atenuado las evidencias obtenidas no serán excluidas cuando la conexión entre la actuación policial inconstitucional y el descubrimiento y aseguramiento del material incriminatorio sea “tan atenuada como para disipar la mancha”. Así pues, la doctrina de los frutos del árbol envenenado no será aplicable cuando la relación o conexión entre la actuación policial ilícita y la obtención de la evidencia se haya atenuado de tal forma que la mancha (de inconstitucionalidad) haya terminado por disiparse y, por tanto, no pueda proyectarse sobre la prueba derivada o refleja.

registro así practicado ha producido una vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio y que existe una relación directa entre ese hecho y el hallazgo de la pistola, relación de la que deriva la necesidad de la exclusión de los resultados del registro del acervo probatorio en función de la idea del "proceso justo", sin que esto pueda ponerse en cuestión por la menor gravedad de la vulneración y la también menor necesidad de tutela del derecho fundamental derivada de la buena fe de la actuación policial”.

¹⁵¹ Vid., *ad exemplum*, GREEN, B.A.: “The good faith exception to the fruit of the poisonous tree doctrine”, *Criminal Law Bulletin*, nov.- dec. 1990, pp. 509 a 533.

¹⁵² *Nardone v. U.S.*, 308 U.S. 338 (1939).

Para MIRANDA ESTRAMPES¹⁵³ esta excepción es, en realidad, una variante de la “excepción” de la fuente independiente expuesta con anterioridad.

Para AMBOS¹⁵⁴, no obstante, en el caso de la *attenuation doctrine* no se trata de una obtención alternativa, conforme a Derecho, de la fuente de prueba manchada a través de una fuente independiente, sino del grado de conexión causal entre la acción ilegítima y la fuente de prueba. Lo relevante sería, pues, con qué extensión se ha atenuado la relación causal merced a la aparición de otros factores. Nótese, en cualquier caso, que cuando este autor precisa más su tesis acaba acercándose a la de MIRANDA ESTRAMPES: “(...) el enfoque de la “attenuation” comprende a la excepción de la “independent source” en la medida en que, en la obtención de la prueba, el nexo causal no sólo se encuentra atenuado, sino incluso interrumpido”.

En nuestra opinión, no se trata de posturas irreconciliables, pues lo que se pretende con la creación de la excepción objeto de comentario – aunque no se diga expresamente- es la fijación de una escala de valores de la causalidad que relaciona a las pruebas ilícitas con sus derivadas y que, por vía de ejemplo, podríamos decir que dentro de un intervalo de 0 a 10, el primer dígito correspondería a inexistencia de causalidad -es decir, estaríamos ante fuentes independientes- mientras que el 10 correspondería a una conexión extrema, a una máxima relación de causalidad material entre las pruebas. De este modo, cuando concurriera una valoración baja, por ejemplo, 1 o 2 nos hallaríamos ante un nexo atenuado y cuando se fijara una valoración alta, a partir de un 8 tal vez, nos encontraríamos ante una conexión de antijuricidad típica muy alta.

¹⁵³ MIRANDA ESTRAMPES, M., “La regla de exclusión...”, *op. cit.*, pp. 271 a 313.

¹⁵⁴ AMBOS, K., “La teoría del efecto extensivo en el derecho procesal penal estadounidense y su traslado al proceso penal alemán”, *Revista General de Derecho Procesal* núm. 29, enero de 2013, Iustel (RI §413011), p. 15.

Esta formulación cuantitativa que no cualitativa¹⁵⁵ que sobre el papel parece cristalina e incluso razonable, se convierte en impracticable en la realidad jurídica, puesto que no existe medio objetivo alguno de cuantificar el grado de conexión, de tal manera que tanto la estimación de la existencia de conexión –a través de los denominados juicios de experiencia- como su calificación de leve o moderada –atenuada- o intensa y extrema –conexión de antijuricidad típica- se atribuye al criterio subjetivo de los Jueces y Magistrados y, por tanto, se introduce por una rendija incompatible con el artículo 11.1 LOPJ un componente elevado, más bien exclusivo, de discrecionalidad, entendida como pórtico necesario de la indebida arbitrariedad proscrita constitucionalmente (artículo 9.3 CE).

El *leading case* en esta materia nos lo brindó hace más de cincuenta años la Corte Suprema norteamericana en el caso *Wong Sun et Al. v. United States*¹⁵⁶. El expresado Tribunal excluyó todas las evidencias y manifestaciones de los imputados (durante y después de sus detenciones y registros) al haber sido obtenidas con ocasión de registros domiciliarios (y de un establecimiento dedicado a la lavandería) sin autorización judicial y detenciones ilegales¹⁵⁷. No obstante, admitió la validez de la declaración policial de uno de los coimputados detenidos (*Wong Sun*¹⁵⁸), el cual, tras ser puesto en libertad, compareció voluntariamente al cabo de varios días en las dependencias policiales y, previa información de sus derechos, llevó a cabo una declaración inculpativa¹⁵⁹. La Corte, a pesar de no tener más remedio

¹⁵⁵ A pesar de que, como veremos a continuación, la Corte Suprema Federal de Norteamérica trató también de discriminar entre tipos de fuentes de prueba desde el punto de vista cualitativo.

¹⁵⁶ 371 U.S. 471 (1963).

¹⁵⁷ En palabras de la Corte, “**verbal evidence which derives so immediately**” de la violación “**is no less the ‘fruit’ of official illegality than the more common tangible fruits of the unwarranted intrusion**” (la negrita es nuestra).

¹⁵⁸ También conocido como “*Sea Dog*”.

¹⁵⁹ El caso es muy rico en interesantísimos matices que exceden, no obstante, del objeto del presente trabajo de investigación. Permítasenos, en cualquier caso, dejar al menos apuntadas dos peculiares circunstancias que habrían rodeado a la expresada confesión de *Wong Sun*: 1ª) Tal declaración no fue firmada por el imputado, estimando, no obstante, la Corte, que este extremo tan sólo tendría trascendencia en cuanto a su credibilidad o valor, mas no en lo que a su admisibilidad se refiere; 2ª) *Wong Sun* no sabía leer inglés, idioma en el que se redactó la tan traída confesión, haciendo las veces de intérprete el mismo agente de narcóticos que le tomó declaración, William Wong, de origen chino.

que reconocer que de no haberse producido las detenciones y registros ilegales, muy probablemente no se habría producido confesión alguna, enfatizó su voluntariedad, así como que la misma tuvo lugar previa ilustración al imputado de las “*Miranda warnings*” (que serán objeto de nuestro estudio más adelante), de tal manera que, a juicio del Tribunal, la confesión constituyó un acto independiente sanador. Así, reconociendo el carácter atenuado de la conexión entre la detención inicial y la posterior declaración afirmó que: “*the connection between the arrest and the statement had become so attenuated as to dissipate the taint*”.

FIDALGO GALLARDO¹⁶⁰ expone que la doctrina norteamericana¹⁶¹ ha deducido de los pronunciamientos jurisprudenciales los factores –que, con acierto, califica como vagos- cuya concurrencia puede coadyuvar a determinar cuándo se entenderá que la conexión ha sido suficientemente atenuada como para que la prueba derivada de una prueba inconstitucional sea sin embargo admisible, en el bien entendido de que este análisis debe efectuarse caso por caso:

a) El tiempo transcurrido entre la ilegalidad primera y la obtención de las pruebas derivadas: cuanto mayor sea el lapso temporal entre ambas, más posible será que los Tribunales estimen que la “mancha” ha quedado suficientemente purgada como para justificar la inaplicación de la *exclusionary rule*.

b) Los acontecimientos intervinientes entre la ilegalidad primera y la obtención de las pruebas derivadas, esto es, la “longitud” de la cadena de causas y efectos. Cuantos más acontecimientos y más actuaciones hayan tenido lugar entre ambos eventos, más probable será que el Tribunal considere que el veneno del árbol no ha alcanzado a un determinado fruto.

c) La gravedad de la violación originaria. Cuanto más grave y flagrante sea la violación de derechos que posibilita la obtención de fuentes de prueba

¹⁶⁰ FIDALGO GALLARDO, C., *Las “pruebas ilegales”...*, op. cit., pp. 441 y 442.

¹⁶¹ Cita, por todos, la obra de DRESSLER, J., *Understanding criminal procedure*, Mathew Bender, New York NY, 1997, pp. 358 a 360.

derivadas, más difícil será que los Tribunales acepten la admisibilidad de estas últimas. Es decir, cuanto más envenenado esté el árbol o cuanto más letal sea el veneno del árbol, más difícil será que el Tribunal declare sano un fruto.

d) La naturaleza de la prueba derivada es el último factor que puede influir en la eventual disipación de la originaria mancha de inconstitucionalidad¹⁶². En concreto, en el caso *Ceccolini*¹⁶³, la Corte Suprema sostuvo que sería más sencillo entender atenuada la mancha originaria cuando la prueba derivada es de carácter personal que cuando se trata de pruebas materiales.

En el citado caso *Ceccolini* un agente policial llamado *Biro* acudió como cliente al establecimiento de floristería del recurrente durante un breve descanso. Con ocasión de su conversación con la empleada de la tienda, se dio cuenta de que había un sobre con dinero saliente en el cajón de la caja registradora de detrás del mostrador. Sin que la empleada se percatara, el agente cogió el sobre y, al examinar su contenido, descubrió que no únicamente contenía dinero, sino también lotería clandestina. *Biro* colocó de nuevo el sobre en su lugar y, sin decirle a la empleada lo que había descubierto, le preguntó a quién pertenecía ese sobre. Ella contestó que pertenecía al recurrente (*Ceccolini*) y que el mismo le había dado

¹⁶² Para MIRANDA ESTRAMPES, M., “La regla de exclusión en el sistema estadounidense...”, *op. cit.*, existe, no obstante, otro factor que permite identificar la atenuación: la no utilización de “argumentaciones sofisticadas” para justificar la ruptura de la conexión. Y, aunque FIDALGO GALLARDO, C., *Las “pruebas ilegales”...*, *op. cit.*, *ibídem*, no se refiera a este factor, realiza una reflexión con carácter previo a abordar la cuestión que estamos tratando, que guarda estrecha relación con el factor apuntado por MIRANDA y que no podemos compartir: “(...) *razonando en abstracto casi siempre es posible hallar una conexión más o menos forzada entre las distintas actuaciones que se desarrollan a lo largo de las investigaciones policiales sobre la comisión de delitos. Llevando la doctrina hasta sus últimos extremos en la línea del razonamiento ad absurdum, la doctrina del fruto del árbol envenenado se convertiría en impracticable, y argumentaciones peregrinas de la defensa fácilmente podrían entorpecer indebidamente las actuaciones*” (p. 437). Y no podemos compartir esta reflexión, en primer lugar, porque no explica ni sabemos de dónde infiere el autor la facilidad de establecer una conexión segura entre los diferentes actos de investigación y sus eventuales resultados; en segundo lugar, porque lo absurdo y lo peregrino debe ser desestimado no sólo en materia de ilicitud probatoria, sino en cualquier otra; y, en tercer lugar, porque el temido supuesto entorpecimiento indebido de las actuaciones –imaginamos que a través de los recursos legalmente previstos- no sería tampoco exclusivo ni excluyente de la aplicación (o no) de la regla de exclusión.

¹⁶³ *Ceccolini v. United States*, 435 U.S. 268 (1978).

instrucciones de entregárselo a alguien. Al día siguiente, el agente comunicó su descubrimiento a un detective, quien, a su vez, se lo dijo a un agente del FBI. Merced al testimonio de la empleada en juicio se probó que *Ceccolini* había cometido el delito de perjurio al negar su implicación en operaciones de juego ilegal, pero, al estimarse la moción del acusado relativa a que el testimonio de la empleada constituiría un fruto del árbol envenenado, fue absuelto en primera instancia. El Gobierno norteamericano recurrió la decisión, siendo desestimado su recurso por la Corte de Apelaciones del circuito correspondiente. Sin embargo, la Corte Suprema Federal revocó ambas resoluciones al considerar que existía una atenuación suficiente entre el registro inconstitucional llevado a cabo por el agente policial y el testimonio prestado por la empleada de la floristería en el juicio oral.

En síntesis, la Corte consideró relevante para considerar suficientemente atenuada la conexión entre uno y otro evento que, sin haber sido informado de modo pleno el FBI acerca de cómo *Biro* había obtenido la información, el agente del FBI no se entrevistó con la testigo en su casa (y en presencia de algunos de sus familiares) hasta cuatro meses después de haber sido informado sobre el descubrimiento, todo ello, según se declara en la resolución judicial, sin haberse referido el FBI en ningún momento al incidente protagonizado por *Biro*, al que sí se refirió la testigo durante la entrevista, siendo que, además, la tan traída empleada le habría manifestado al FBI que estudiaba ciencias policiales y que estaría dispuesta a ayudar. La Corte, acaso como preludio de lo que constituiría un fallo a nuestro juicio erróneo, y con la nada velada intención de atenuar o difuminar la relación causal entre la actuación inconstitucional del agente policial y la obtención de la única prueba de cargo, aclaró a modo de pórtico inaugural de su argumentación que la cuestión de la relación causal en el contexto que acaba de exponerse, como en tantas otras cuestiones legales, no debe ser determinada únicamente por el tipo de análisis que sería aplicable en las ciencias físicas, lo que supone obviar la naturaleza estrictamente fáctica y física de los eventos que ulteriormente son objeto de subsunción en las normas jurídicas.

La Corte realizó una distinción interesante para nuestro objeto de estudio cuando afirmó que, a diferencia de lo que ocurrió en el caso *Wong Sun*, la fuente de prueba personal no era un acusado, pero la realizó de modo inmotivado, posiblemente en un infructuoso intento de desasirse de la doctrina establecida en aquél supuesto (en síntesis, que no se halla justificado distinguir entre pruebas físicas y verbales). Sea como fuere, repárese en que, de realizarse tal injustificada distinción, al menos en España, con mayor razón aún se debería considerar inadmisibile la atenuación de la conexión causal en aquellos casos en los que el hallazgo fuera un testigo, ya que éste, a diferencia del investigado, imputado o acusado, tiene obligación de declarar (artículos 410 y 716 LECrim.) y de decir verdad (artículo 433 LECrim.) y, de no hacerlo, cometería, respectivamente, un delito de desobediencia grave a la autoridad del artículo 556 del Código Penal o uno de falso testimonio en causa criminal previsto y penado en el artículo 458.2 del expresado cuerpo legal¹⁶⁴.

En lo que en mayor medida interesa a los efectos del núcleo de nuestra investigación, en este caso la Corte Suprema afirmó enfáticamente que era conveniente recurrir a la *exclusionary rule* con mayor reticencia cuando su postulación se basa en una relación de causalidad entre la violación constitucional y el descubrimiento de un “testigo vivo” que cuando la solicitud de aplicación de la expresada regla pretende la exclusión de un “objeto inanimado”¹⁶⁵. Mas tal enfática conclusión la cimentó la Sala con base en un fundamento de la regla de exclusión que –insistimos- resulta por completo ajeno a nuestro ordenamiento jurídico: el *deterrent effect*. A juicio del expresado Tribunal, la aplicación de la *exclusionary rule* en el supuesto objeto de análisis “*podría no tener el más mínimo efecto disuasorio en un*

¹⁶⁴ Todo ello sin contar con que, como es sabido, el artículo 259 LECrim. impone a todo ciudadano la obligación de denunciar “*la perpetración de cualquier delito público*” que haya presenciado, so pena de incurrir en sanción pecuniaria.

¹⁶⁵ “(...) *the exclusionary rule should be invoked with much greater reluctance where the claim is based on a causal relationship between a constitutional violation and the discovery of a live witness than when a similar claim is advanced to support suppression of inanimate object*”.

*agente de policía como Biro*¹⁶⁶, que, según consta en los Antecedentes de Hecho de la resolución de la Corte Suprema, era un agente uniformado destinado a la vigilancia de los cruces de las escuelas.

Amén de la diferencia sustancial de fundamento de la regla de exclusión en EEUU y en España (donde, recuérdese, es de carácter constitucional), que determina que, de haber tenido lugar el supuesto de hecho del caso *Ceccolini* en este último país, la testifical inexorablemente debería haberse considerado prueba refleja y, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 11.1 LOPJ, no podría surtir efecto alguno, nótese que, como se ha avanzado, la Corte Suprema efectúa una distinción cualitativa en orden a la exclusión entre frutos personales y frutos “inanimados”. Pero ninguna norma del ordenamiento jurídico (norteamericano o español) soporta tal diferenciación, por mucho que, de modo ciertamente gráfico pero también desenfocado y efectista la Corte afirmara que los testigos no son como las pistolas o los documentos, que permanecen ocultos a la vista hasta que uno los descubre (moviendo un sofá o abriendo un archivador)¹⁶⁷, sino que pueden aflorar y presentar pruebas por su propia voluntad¹⁶⁸. En nuestra opinión, pues, asiste toda la razón al Magistrado discrepante, MARSHALL¹⁶⁹, cuando afirma que la conclusión alcanzada por la mayoría no resiste un análisis serio, de suerte que, continuando con la metáfora arbórea, no parece razonable afirmar que un mismo árbol cuya raíz se halla en una entrada o registro inconstitucional pueda soportar dos tipos de fruto diferentes, uno de los cuales sería menos susceptible que el otro de exclusión ante la expresada

¹⁶⁶ *“Application of the exclusionary rule in this situation could not have the slightest deterrent effect on the behavior of an officer such as Biro”.*

¹⁶⁷ *“Witnesses are not like guns or documents wich remain hidden from view until one turns over a sofa or opens a filing cabinet”.*

¹⁶⁸ En esta línea profundizó, asimismo, el Magistrado BURGER en su Voto Concurrente afirmando que la norma que operara para impedir que un testigo directo de un crimen dijera ante un Tribunal lo que vio tendría una base racional sólo comparable con los primitivos rituales de sacrificio humano (*“Any rule of law wich operates to keep an eyewitness to a crime -a murder, for example - from telling the jury what that person saw has a rational basis roughly comparable to the primitive rituals of human sacrifice”*).

¹⁶⁹ A cuyo Voto Particular se adhirió el Magistrado BRENNAN.

violación. Ello encierra, en palabras del Magistrado discrepante, “una forma de doble contabilidad judicial”¹⁷⁰.

Sea como fuere, repárese en que la Corte entendió relevante para considerar admisible la prueba testifical que la empleada declaró por voluntad propia y en ningún caso coaccionada ni condicionada por el descubrimiento del agente *Biro*, poniendo el acento en que transcurrieron períodos de tiempo sustanciales entre el registro ilegal y, de un lado, el contacto inicial con la testigo por parte del FBI, así como, de otro, el testimonio que prestó en el juicio oral. Frente a esta tesis se alza la contenida en el Voto Particular, que critica –con tino– que la mayoría parta de una premisa que no se ajusta al devenir habitual de los acontecimientos en cuanto que son escasos los supuestos en los que un testigo acude voluntariamente a declarar antes de que se le “descubra”. Y, particularizando en el caso, el Magistrado discrepante advierte que la Policía ni siquiera sabía que la empleada de la floristería era una testigo potencialmente valiosa, ni mucho menos que ella estaría dispuesta a declarar con anterioridad al registro ilegal, a lo que añade que, en cualquier caso, el tiempo transcurrido entre tal diligencia y su declaración no tiene mayor importancia que el que habría tenido similar lapso temporal entre el hallazgo de un objeto y su posterior introducción como prueba en el juicio, así como que la testigo no acudió a las autoridades y pidió declarar a pesar de estudiar ciencias policiales, sino que un agente del FBI tuvo que ir a su casa e interrogarla.

Pero el ejemplo paradigmático de aplicación de la doctrina del nexo causal atenuado lo hallamos en los supuestos de confesiones precedidas de la obtención inconstitucional de fuentes de prueba, eje central sobre el que gira el presente trabajo de investigación, resultando, además, que, a diferencia de lo que ocurre con los “descubrimientos” de testigos merced a una diligencia de investigación inconstitucional, que son supuestos anecdóticos en la práctica, la casuística es muy rica en confesiones nacidas tras hallazgos inconstitucionales.

¹⁷⁰ “(...) *a form of judicial double counting*”.

Y, como se verá *in extenso* en el Capítulo IV, uno de los criterios a los que recurre la doctrina jurisprudencial española mayoritaria a la hora de decidir si la confesión precedida de prueba ilícita constituye o no una fuente de prueba que pueda surtir efectos o, más avanzado el proceso, una prueba de cargo valorable por el Juez o Tribunal sentenciador es, precisamente, la separación temporal entre el hallazgo posibilitado por las diligencias vulneradoras de derechos fundamentales y la declaración autoincriminatoria de la persona concernida.

Conviene no obstante aclarar aquí una cuestión que puede crear cierta confusión. Afirma RODRÍGUEZ LAINZ¹⁷¹ que es difícil encontrar ejemplos de aplicación de la doctrina del nexo causal atenuado en la jurisprudencia española¹⁷². Ello es cierto, pero sólo en parte. Sucede que la jurisprudencia española, hasta donde alcanzamos, ha tratado y aplicado la confesión precedida de una prueba ilícita como una excepción autónoma, sin percatarse de que constituye una especie (con mucho, la más importante desde el punto de vista cuantitativo) del género nexo causal atenuado.

De lo que resulta difícil encontrar ejemplos es de supuestos en los que se “descubran” testigos merced a una diligencia de investigación violadora de derechos fundamentales. Deviene de sumo interés el supuesto tratado por la STS núm. 60/1997, de 25 de enero. Se afirma en la expresada resolución: *“El hecho básico sobre el que se construye la condena, es absolutamente independiente y está totalmente desconectado de las averiguaciones realizadas a partir de las escuchas telefónicas declaradas nulas. La investigación policial termina con la detención de la acusada en el Aeropuerto para ser conducida a la Comisaría de Policía, donde no se le encuentra, en un primer momento, cantidad alguna de droga. Por tanto, y al margen de la*

¹⁷¹ RODRÍGUEZ LAINZ, J.L., “*Exclusionary rules* y garantías procesales...”, *op. cit.*

¹⁷² A pesar de que el autor cita tres SSTs, resulta que ninguna de ellas –redactadas por un mismo Ponente– versa sobre la conexión causal atenuada (ni se dan sus presupuestos ni, por ello, se plantea siquiera dicha excepción), sino que las tres contienen dicha expresión, mas como transcripción de un fragmento de una STS anterior (la núm. 811/2012, de 30 de octubre), que, a su vez, transcribe las enseñanzas de otras anteriores (SSTs núm. 320/2011, de 22 de abril y 988/2011, de 30 de septiembre) y en las que se ejemplificaban los posibles supuestos de desconexión entre la obtención inconstitucional de fuentes de prueba y una prueba derivada, pero sin mayor explicación: “(...) *que se aprecie alguna causa jurídica de desconexión (descubrimiento inevitable, vínculo atenuado, hallazgo casual, ...)*”.

validez de la prueba inicial la detención no hubiera arrojado resultado alguno de carácter inculpatario ante la infructuosa búsqueda de la droga.

3. Lo verdaderamente determinante para la inculpación de la recurrente nace de manera autónoma y de forma espontánea cuando el taxista que había transportado a la acusada a Comisaría [posiblemente se trate de un error y quisiera decirse Aeropuerto], al realizar una limpieza del taxi encontró un paquete que estaba entre el asiento y la puerta y que como era del mismo color que la tapicería del coche no se dio cuenta, en principio, de su existencia. A partir de este dato, que surge de manera natural y automática, la Sala sentenciadora dispuso de un elemento probatorio nuevo que aparece totalmente incontaminado y sin relación directa ni indirecta con las sospechas acumuladas durante la investigación policial orientada en función de las escuchas telefónicas ilegales. El taxista que realizó el hallazgo comparece en el acto del juicio oral y explica la forma en que se produjo lo que, unido a una serie de datos obtenidos de la declaración de la acusada en el acto del juicio oral, asistida por su representación técnica y con la debida inmediación y contradicción, lleva a la Sala sentenciadora a la convicción de que la acusada transportaba esa droga para su venta a terceras personas. El fundamento de derecho tercero encadena una serie de indicios, tomados todos ellos a partir de la aparición de la droga, que considera suficientes para integrar, no solo a la tenencia material de la sustancia estupefaciente sino también al ánimo tendencial que da vida al delito. Suscribimos íntegramente el razonamiento realizado en relación con los indicios que se relacionan en el fundamento de derecho antes mencionado y resaltamos, una vez más, que tales elementos probatorios son de cargo y están total y absolutamente incontaminados por la invalidez de las escuchas telefónicas”.

A la vista del contenido de esta resolución, y a pesar de que *prima facie*, el Tribunal pudiera dar a entender que aplicó la excepción de la fuente independiente, en realidad, parece que más bien se inspiró en los criterios propios de la excepción del nexo causal atenuado. Con todo, la resolución nos parece desacertada, en la medida en que parece clara la relación entre la ocupación de la sustancia estupefaciente ocupada en el interior del taxi y las

intervenciones telefónicas ilícitamente acordadas (y practicadas) y la detención de la acusada, por completo derivada del contenido de las conversaciones interceptadas.

Más recientemente, ha sido el Tribunal Constitucional quien, en su Sentencia núm. 66/2009, de 9 de marzo, parece haber “flirteado” con la doctrina del nexo causal atenuado, en cuanto que, aun sin citarla expresamente, consideró en la expresada resolución que *“el largo período de tiempo transcurrido entre la producción procesal de las intervenciones telefónicas y la entrada y registro, sus distintos elementos internos y sobre todo el cauce diverso (documental) de acceso al proceso del sustrato material probatorio (datos sobre la ubicación del domicilio registrado) distinto de las intervenciones telefónicas (...), nos llevan a concluir el carácter jurídicamente independiente de la entrada y registro. Otro tanto podemos afirmar, a la luz de nuestra doctrina, respecto de las declaraciones del recurrente en instrucción, de las declaraciones de los coacusados en el plenario, y de las testificales del Sr. Peralta y de las hermanas del Sr. G.”*. Como habrá podido apreciarse, el Tribunal adoleció de un escaso rigor en la resolución de los conflictos fácticos y jurídicos que se le planteaban, con palmaria inobservancia de la regla contenida en el artículo 11.1 LOPJ. En esta línea, la STS núm. 556/2006, de 31 de mayo, de la que trae causa la STC objeto de comentario, contiene un Voto Particular muy acertado, en el que puede leerse sobre esta cuestión que: *“Todos los registros así acordados deben ser declarados totalmente nulos como consecuencia de su naturaleza de prueba directamente derivada de las intervenciones telefónicas, y por tanto la nulidad de éstas se proyecta y abarca a aquellos por su verificada conexión de antijuridicidad, al no existir fuente independiente de investigación distinta de las intervenciones telefónicas, nulidad que encuentra su sanción normativa en el art. 11 LOPJ (...)*”. Añade el Magistrado discrepante que en la STS de la mayoría *“nada se declara sobre la naturaleza de prueba derivada (de las intervenciones telefónicas) en lo referente a los registros domiciliarios, pero luego se tienen en cuenta el resultado de los registros como elementos probatorios de cargo, sin existir motivación que acredite la ruptura de la conexión de antijuridicidad, lo que considero no es posible”*. Por ello,

concluye que *“debieron ser declarados nulos todos los registros acordados, sin que los efectos, objetos o elementos encontrados puedan ser valorados. Jurídicamente son inexistentes como inexistentes fueron las conversaciones telefónicas”*¹⁷³.

Con carácter general, y sin perjuicio de lo que se ha expuesto hasta aquí (sobre todo, en cuanto al distinto fundamento de la regla de exclusión en EEUU y España) y de lo que se expondrá ampliamente en el Capítulo IV con respecto a la confesión precedida de prueba ilícita (recuérdese, especie del género excepción del nexo causal atenuado), consideramos que en el ordenamiento jurídico español no cabe la excepción que está siendo objeto de tratamiento, por cuanto, más o menos atenuado, lo relevante es que el nexo causal sigue existiendo¹⁷⁴ y hallándose vigente, inexorablemente debe abocar a la aplicación de la regla de exclusión prevista en el artículo 11.1 LOPJ.

¹⁷³ Y no en vano el Fiscal ante el TC interesó el otorgamiento del amparo al recurrente, concluyendo que el TS no efectuó un juicio de razonabilidad *“reforzado”* acerca de la conexión causal, sino *“un razonamiento excesivamente vago o genérico”*, como tampoco sobre la conexión de antijuricidad, de suerte que no efectuó referencia alguna a la confesión del demandante de amparo ni a las declaraciones de otros acusados como elementos de ruptura de la expresada conexión de antijuricidad.

¹⁷⁴ En este sentido, MIRANDA ESTRAMPES, M., *El concepto de prueba ilícita...*, op. cit., p. 127 (nota a pie núm. 272).

CAPÍTULO III

LA CONFESIÓN DEL INCULPADO

3.1. DELIMITACIÓN DEL TEMA

Debemos comenzar precisando que es a la confesión del imputado o acusado persona física en el proceso penal a la que nos hemos referido, nos referimos y nos vamos a referir en el presente trabajo¹⁷⁵. Y ello no sólo porque resulta ontológicamente imposible que una persona jurídica confiese si no es a través de su representante, *id est*, una persona física –que también-, sino porque, de un lado, constituye un hecho notorio que la inmensa mayoría de confesiones se producen bajo la vigencia de la detención del declarante (evento que no puede tener lugar en el caso de los representantes designados por las personas jurídicas imputadas), y, de otro, no puede perderse de vista que el Código Penal español, tras la reforma operada mediante L.O. 5/2010, de 22 de junio, que trajo consigo la histórica introducción en España de la responsabilidad penal de las personas jurídicas¹⁷⁶, adoptó un *numerus clausus* de supuestos para la admisión de la expresada responsabilidad penal, implantando, pues, un sistema tasado. Si a lo anteriormente expuesto se añade que esa introducción en nuestro ordenamiento jurídico de un estatuto penal de la persona jurídica no vino acompañada de previsión procedimental específica alguna en orden a la

¹⁷⁵ En otro trabajo de investigación posterior abordaremos la confesión de la persona jurídica a través de su representante, en especial cuando viene precedida de la obtención inconstitucional de fuentes de prueba.

¹⁷⁶ Sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, *vid.*, entre otros muchos, BAJO FERNÁNDEZ/FEIJOO SÁNCHEZ/GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Civitas Thomson-Reuters, Pamplona, 1ª ed., 2012; ZUGALDÍA ESPINAR, *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos*, Tirant lo Blanch, "colección delitos" núm. 95, Valencia, 2013; GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Bases teóricas, regulación internacional y nueva legislación española*, editorial B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2010; BANACLOCHE PALAO/ZARZALEJOS NIETO/GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales*, La Ley, Madrid, 2011; CAMPANER MUÑOZ, "Notas críticas sobre la novedosa regulación del estatuto penal de las empresas en España", *Revista online iuris* núm. 157, La Ley, 4ª semana de febrero de 2011.

hasta entonces desconocida intervención de las personas jurídicas como parte procesal imputada o acusada en el procedimiento penal y que no ha sido hasta hace relativamente poco, con la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, cuando se han creado tales irrenunciables previsiones¹⁷⁷, queda, a nuestro juicio, plenamente justificado que prescindamos en este trabajo de abordar un apartado específico para la confesión de la persona jurídica precedida de la obtención inconstitucional de fuentes de prueba¹⁷⁸.

3.2. REGULACIÓN LEGAL

La LECrim. prevé que toda persona a la que se le atribuya la comisión de algún delito tiene derecho a declarar o a no hacerlo si no lo desea, cuando menos en fase de instrucción. En efecto, en el Capítulo IV del Libro II, Título III, bajo la rúbrica *“De las declaraciones de los procesados”* (artículos 385 a 409), la LECrim. regula, en sede de Procedimiento Ordinario, diversos aspectos del interrogatorio de los imputados a presencia judicial, debiendo

¹⁷⁷ En particular, sobre las implicaciones procesales de la novedosa regulación de la responsabilidad penal de la persona jurídica, *vid.*, entre otros, GASCÓN INCHAUSTI, F., *Proceso penal y persona jurídica*, Marcial Pons, Madrid, 2012; ECHARRI CASI, F.J., “Las personas jurídicas y su imputación en el proceso penal: una nueva perspectiva de las garantías constitucionales”, *Diario La Ley* núm. 7.632, Sección Doctrina, 18 de mayo de 2011, Año XXXII, Editorial La Ley; BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, J., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas: aspectos procesales”, *Diario La Ley* núm. 7.625, Sección Doctrina, 9 de mayo de 2011, Año XXXII, Editorial La Ley; DEL MORAL GARCÍA, A., “Peculiaridades del juicio oral con personas jurídicas acusadas”, en VV.AA., *El juicio oral en el proceso penal. Especial referencia al procedimiento abreviado*, Comares, Granada, 2010; CAMPANER MUÑOZ, J., “Reflexiones de urgencia sobre las implicaciones procesales del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas y su proyectada regulación”, *Revista online Iuris* núm. 161, La Ley, 2ª semana de junio de 2011.

¹⁷⁸ A todo lo anterior debe añadirse que el nuevo artículo 409 bis LECrim., que regula la declaración de la persona jurídica imputada a través de la persona física que aquélla designe, confiriéndole los mismos derechos que al imputado persona física, establece que la incomparecencia del representante determinará que se tenga por celebrado el acto, entendiéndose que se acoge a su derecho a no declarar.

De otro lado, ya en el acto del juicio oral el nuevo artículo 786 bis LECrim. prevé que cuando el acusado sea una persona jurídica, ésta “podrá” estar representada por una persona física (que deberá ocupar en Sala el lugar reservado a los acusados) y cuya incomparecencia no impedirá, en ningún caso, la celebración de la vista, que tendrá lugar si asisten su Abogado y su Procurador.

Por último, el apartado 8º del artículo 787, también de nuevo cuño, regula la conformidad de la persona jurídica, que deberá ser prestada por el representante, *“siempre que cuente con poder especial”*.

destacarse, en lo que aquí interesa¹⁷⁹, que esta diligencia de investigación tendente a la averiguación de los hechos debe ser acordada por el Juez de oficio, previéndose también que se produzca a instancia del Ministerio Público o de parte, pudiéndose prestar cuantas declaraciones considere el Juez de Instrucción convenientes (artículo 385) y el imputado desee (artículo 400). En sede de Procedimiento Abreviado, aun sin regular expresamente el interrogatorio en fase de instrucción, y más concretamente de diligencias previas, la LECrim. prevé en su artículo 775, dedicado al traslado de la imputación, que *“tanto antes como después de prestar declaración se le permitirá [al imputado] entrevistarse reservadamente con su Abogado”*¹⁸⁰.

Estas previsiones deben completarse con las contenidas en los artículos 17.3 CE y 520.2 LECrim.¹⁸¹, destinado este último a la regulación del ejercicio del derecho de defensa, de la asistencia letrada y del tratamiento de detenidos y presos preventivos¹⁸², que concretan que, previa inmediata información de los hechos que se le imputan y las razones motivadoras de su privación de libertad, deberá el imputado ser informado de los derechos que le asisten y, en especial, entre otros, del derecho a guardar silencio, a no contestar alguna o algunas de las preguntas que se le formulen, derecho a no

¹⁷⁹ Sobre los factores de índole psicológico a tener en cuenta en el interrogatorio del imputado, y, en especial, la eventual predisposición del Juez a obtener la confesión y la posibilidad de inducir a confesar por error, *vid.* GASPARD, G., *La confesión*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1988, pp. 180 a 183. Más amplia y exhaustivamente, puede verse ESCOBAR, R.T., *El interrogatorio en la investigación criminal. Confesión y torturas. Psicología, sociología, psicopatología. Técnicas para la investigación del delito*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1987, pp. 247 a 323. Asimismo, SEGURA ORONICH, A., *El Imputado y el Testigo ante el Juez. Psicología del Interrogatorio*, Cedecs, Barcelona, 1998.

¹⁸⁰ Exceptuándose los supuestos de incomunicación del detenido o preso (apartado c) del art. 527 LECrim.).

¹⁸¹ Al que remite el art. 771.2ª LECrim. en aras a la información de derechos al imputado, se haya producido o no detención.

¹⁸² Amén de la expresada remisión del art. 771.2ª LECrim., cuya redacción se debe a reforma operada por la Ley 38/2002, de 24 de octubre, con anterioridad a dicha norma la doctrina ya había sostenido que si los derechos contenidos en el art. 520 LECrim. son establecidos para todos los sometidos a detención y prisión, siendo que el art. 24.2 CE es muy similar aquél y que las expresadas medidas (detención y prisión) son modos de adquisición del estatus de imputado (art. 118 LECrim.), podía concluirse que los tan traídos derechos le deben corresponder a toda persona imputada y que, de lo contrario, podría infringirse el principio de igualdad (art. 14 CE) en tanto en cuanto resultaría discriminatorio que los imputados por medios distintos a la detención y prisión no fueran acreedores de ciertos derechos. En estos términos se expresó ASENSIO MELLADO, J.M., *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, Trivium, Madrid, 1989, p. 120.

declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, y, en fin, a designar Abogado que le asista. Toda declaración de imputado, detenido o no, en dependencias policiales o judiciales, debe ir precedida de la ilustración de los expresados derechos.

Hasta aquí, y sin perjuicio de que más adelante vayamos a detenernos en determinados aspectos relevantes en orden a la cabal comprensión del objeto del presente trabajo, se ha hecho somera alusión a las diligencias de toma de declaración del detenido y/o imputado en la fase preprocesal y procesal de investigación (bien que por orden inverso, siguiendo el de nuestra parcheada Ley).

Veamos ahora si está previsto que el interrogatorio del acusado tenga lugar también en el juicio oral. En la Sección 1ª el Capítulo III del Título III del Libro III de la LECrim., bajo las rúbricas *“Del modo de practicar las pruebas durante el juicio oral”* y *“De la confesión de los procesados y personas civilmente responsables”*, se regula de modo escueto la confesión del acusado en el Plenario, sin que exista hasta la fecha regulación expresa sobre la declaración del acusado en el juicio oral.

3.3. EL DEBATE EN LA DOCTRINA CIENTÍFICA

Esta ausencia de regulación ha sido considerada por GÓMEZ ORBANEJA¹⁸³ como *“una de las lagunas más sensibles y curiosas”* de nuestro ordenamiento jurídico¹⁸⁴. Y es que, en efecto, la LECrim., en la ya expresada Sección 1ª, que comprende los artículos 688 a 700, se limita a regular la conformidad en sede de Procedimiento Ordinario.

¹⁸³ GÓMEZ ORBANEJA, E. y HERCE QUEMADA, V., *Derecho Procesal Penal*, Artes Gráficas y Ediciones, S.A., Madrid, 1987, p. 26.

¹⁸⁴ DEL MORAL GARCÍA, A., “Interrogatorio del acusado. La valoración de sus declaraciones”, Ponencia presentada en el Curso del Plan de Formación de Fiscales “Prueba en el proceso penal. Enfoque práctico respecto a la prueba a practicar en el juicio oral” dirigido por José Peral Calleja organizado por la Asociación Profesional e Independiente de Fiscales, celebrado en Oviedo los días 5 a 7 de noviembre de 2007 (texto inédito facilitado por su autor), ante el mutismo que guarda la Ley Procesal Penal sobre este particular, apunta que pudiera parecer que también el legislador tuviese derecho a guardar silencio sobre los temas que desee.

La doctrina se ha mostrado dividida con respecto a cómo debe interpretarse la laguna. De un lado, GIMENO SENDRA¹⁸⁵ ha propuesto colmar este vacío legal con las previsiones de los artículos 385 a 409 LECrim., relativas a la fase de instrucción, así como con los usos forenses. De otro, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA¹⁸⁶ ha descartado que se trate de un olvido del legislador (o, dicho de otro modo, que se trate de un olvido inconsciente), en la medida en que una vez que el acusado ha rechazado su responsabilidad, *“su interrogatorio más profundo debe, en todo caso, ser ofrecido por la defensa y ser practicado en el momento que ésta considere más oportuno a sus intereses”*, añadiendo que no existe razón por la cual en todo juicio deba someterse al acusado a un interrogatorio, máxime si se parte del presupuesto de que en primer lugar debe examinarse la prueba de la acusación y después la de la defensa, de tal manera que *“partiendo de ese presupuesto, carece de lógica que la primera declaración sea la del propio acusado”*.

3.4. EL DEBATE EN LA JURISPRUDENCIA

Por su parte, la jurisprudencia ha entendido que el interrogatorio del imputado (en fase de instrucción, por tanto) constituye una diligencia imprescindible para que quede salvaguardado el principio de audiencia y contradicción inherente al derecho fundamental de defensa consagrado en el artículo 24.2 CE, concluyendo que nadie puede ser siquiera acusado sin haber sido oído por el Juez de Instrucción, previa ilustración de sus derechos como imputado (STS núm. 2.031/1993, de 20 de septiembre y STC núm. 152/1993, de 3 de mayo).

3.5. TOMA DE POSTURA

¹⁸⁵ GIMENO SENDRA, V., *Manual de Derecho Procesal Penal*, Colex, Madrid, 2010, p. 421.

¹⁸⁶ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Aranzadi, Navarra, 2010, p. 1.317.

A nuestro juicio, de la anterior doctrina jurisprudencial no se sigue que el interrogatorio del acusado en el juicio oral sea una prueba indispensable¹⁸⁷, en cuanto que con el derecho a la última palabra regulado en el artículo 739 LECrim. quedan colmadas las expresadas garantías¹⁸⁸. Nótese que este precepto establece que una vez concluidos los informes de Acusación y Defensa, el Presidente del Tribunal *“preguntará a los procesados si tienen algo que manifestar al Tribunal”*, concediéndole la palabra al que respondiere afirmativamente. El precepto no da por supuesto, antes al contrario, que el acusado haya pronunciado palabra alguna (tampoco con ocasión de un eventual interrogatorio) hasta ese momento. De lo contrario, se habría previsto que el Presidente pregunte a los acusados si tienen algo “más” que manifestar o añadir a lo ya declarado (que es lo que, dicho sea de paso, sucede en la práctica forense). Este argumento debe ser complementado con lo previsto en el artículo 741 LECrim.¹⁸⁹, cuando establece que el Tribunal dictará sentencia *“apreciando según su conciencia las pruebas practicadas en el juicio, las razones expuestas por la acusación y la defensa y lo manifestado por los propios procesados”*. Pudiera pensarse que esta última referencia a las manifestaciones de los acusados implica, necesariamente, que en el juicio oral se haya producido su interrogatorio, mas, en realidad, consideramos que la expresada alusión debe conectarse con el derecho a la última palabra.

¹⁸⁷ Cuestión distinta es que la citación del acusado al juicio oral, en la medida en que hace posible la comparecencia del destinatario y la defensa contradictoria de las pretensiones, no constituya –en palabras de la STC núm. 109/1989, de 8 de junio– *“un mero requisito de forma para proceder a la realización de los subsiguientes actos procesales, sino que representa un instrumento ineludible para la observancia de las mencionadas garantías constitucionales del proceso, cuya efectividad ha de ser asegurada por el órgano judicial”*.

¹⁸⁸ Sobre este derecho, enseña la STC núm. 181/1994, de 20 de junio, que, *“lejos de constituir una simple formalidad, obedece a razones conectadas con el derecho a la defensa que tiene todo acusado, a quien se brinda una oportunidad final para confesar los hechos, ratificar o rectificar sus propias declaraciones o las de sus coimputados o testigos o, incluso, discrepar de su defensa o completarla de alguna manera”*. Por su parte, en la STC núm. 258/2007, de 18 de diciembre, tras recoger otros precedentes, se añade que *“La raíz profunda de todo ello no es sino el principio de que nadie pueda ser condenado sin ser oído”*.

¹⁸⁹ Que, como es sabido, consagra el principio de libre valoración de la prueba.

Por ello, pese a que resulte loable, por garantista, su propuesta, estamos en desacuerdo con ESCOBAR JIMÉNEZ¹⁹⁰ cuando sostiene que el Ministerio Fiscal, de conformidad con su específica misión (artículo 124 CE), tiene la obligación de proponer el interrogatorio del acusado *“pues el principio que proclama que nadie puede ser condenado sin haber sido previamente oído es una garantía fundamental inmersa en el art. 24 CE (reconocida también en el art. 10 de la DUDH de 1948 y art. 14 del PIDCP de 1966), que, como tal, ha de ser observada”*. No es necesario que tenga lugar el interrogatorio, quedando colmado ese derecho a ser oído, como se ha visto, con la previsión contenida en el artículo 739 LECrim. Cuestión distinta es que no alcancemos a comprender por qué en el Juicio de Faltas la LECrim., ya en su redacción originaria, parece contemplar el interrogatorio del acusado cuando en su artículo 969 prevé que, con carácter previo al examen de los testigos, *“se oirá al acusado”*, de suerte que no parece razonable que en los procesos en los que se ventilan infracciones leves se prevea con carácter imperativo el interrogatorio del acusado y no así en los procesos por delito, independientemente de su gravedad. La falta de coherencia interna de nuestra Ley Procesal alcanza su máxima expresión cuando de la lectura de las especialidades probatorias establecidas en los apartados 1º y 5º del artículo 46 LOTJ se desprende sin ningún género de dudas que en el procedimiento seguido por los trámites de la Ley del Jurado se contempla el interrogatorio del acusado. En efecto, el apartado 1º del expresado precepto prevé la posibilidad de que el Colegio de Jurados dirija *“preguntas”* a los acusados, mientras que el apartado 5º faculta al Ministerio Público y a los Letrados de la Acusación y de la Defensa para *“interrogar al acusado (...) sobre las contradicciones que estimen que existen entre lo que manifiesten en el juicio oral y lo dicho en la fase de instrucción”*.

Una solución intermedia, y, en nuestra opinión, ideal, es la ofrecida en el BBACPP, cuyo artículo 448 regula la declaración del “encausado” en el juicio oral, que presenta los siguientes rasgos definitorios:

¹⁹⁰ ESCOBAR JIMÉNEZ, R., “El interrogatorio del acusado”, en VV.AA., *El Juicio Oral en el Proceso Penal (Especial referencia al procedimiento abreviado)*, Comares, Granada, 2010, p. 191.

1.- El acusado única y exclusivamente prestará declaración si su Letrado así lo solicita en cualquier momento del juicio, hasta la finalización de la fase probatoria.

2.- Es un medio de prueba que tan sólo la Defensa está legitimada para solicitar, estando el Tribunal obligado a admitir su práctica.

3.- De practicarse, tendrá lugar en el turno de la prueba de la Defensa y, además, en último lugar, cuando se haya finalizado la práctica de los restantes medios de prueba.

4.- Como no podía ser de otra manera, *“no se podrá atribuir valor probatorio alguno a la falta de proposición”* de la declaración¹⁹¹.

3.6. PRECISIONES CONCEPTUALES: DISTINCIÓN ENTRE INTERROGATORIO Y CONFESIÓN

Repárese, en cualquier caso, en que, tal y como advierte PÉREZ-CRUZ MARTÍN¹⁹², la inadecuada expresión utilizada por la LECrim. al referirse al interrogatorio del acusado, específicamente en sus artículos 688 y siguientes, requiere realizar una necesaria diferenciación entre la confesión y el interrogatorio del investigado, imputado o acusado (en función de si tiene lugar en la fase preprocesal, en la instrucción o en el juicio oral, respectivamente), ya que son cosas distintas a pesar de que la primera puede obtenerse a través del segundo. Así pues, mientras que la confesión podría definirse como la declaración prestada ante funcionario judicial o administrativo que tenga el deber de proceder a su averiguación (evidentemente, si se trata de confesión en juicio debe precisarse que la misma se produce ante el órgano en cada caso competente para el enjuiciamiento) por parte de un sujeto que habría cometido, por sí solo o junto

¹⁹¹ Las similitudes son notables con respecto al sistema propuesto por CLIMENT DURÁN, C., *La prueba penal (Doctrina y Jurisprudencia)*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999, p. 275, que sostuvo que la declaración del acusado (*“confesión”*, según el expresado autor) *“debería ser una prueba a practicar sólo a petición del acusado, si a éste le interesa, y sólo al final del juicio, tras la práctica del resto de pruebas propuestas por todas las partes”*.

¹⁹² PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A.J., *El interrogatorio del acusado (Reflexiones a la luz de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo)*, Civitas Thomson-Reuters, Navarra, 2011, p. 89.

con otros, una infracción penal¹⁹³, el interrogatorio del acusado podría definirse como un acto preprocesal o procesal en cuya virtud el sujeto al que se le atribuye la comisión de alguna infracción penal dará respuesta, si lo desea, a las preguntas que al respecto le formulen los investigadores o los sujetos procesales (nuevamente, en función del momento preprocesal o procesal en el que tenga lugar)¹⁹⁴.

3.7. NATURALEZA JURÍDICA DE LA DECLARACIÓN DEL INCUPLADO

¹⁹³ La STS de 22 de mayo de 1982 la definió como *“la declaración que en contra de sí hace el imputado, reconociéndose culpable del delito y demás circunstancias”*. Por su parte, MITTEMAIER, C.J.A. (*Tratado de la prueba en materia criminal –o exposición comparada de los principios en materia criminal y de sus diversas aplicaciones en Alemania, Francia, Inglaterra, etc.-* (adicionado y puesto al día por ARAGONESES ALONSO, P.), 10ª Ed., Madrid, 1979, p. 172 –cit. por PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A.J., *El interrogatorio...*, op. cit., p. 90-) ha definido la confesión como *“la declaración por la que –el acusado- afirma la verdad de un hecho de la inculpación dirigida contra él, hecho que por consecuencia le perjudica”*, si bien esta definición tan sólo abarcaría la confesión producida en el acto del juicio oral y no la preprocesal ni la sumarial. Asimismo, SILVA MELERO, V. (*La prueba procesal*, Tomo I, Madrid, 1963, pp. 183 –cit. por PÉREZ-CRUZ MARTÍN, *ibídem*) la ha definido como *“la espontánea declaración o afirmación, por la cual el inculpado precisa la responsabilidad propia, sola o conjuntamente con la de otros, en la perpetración de una infracción penal que se le reprocha”*, definición que presenta idéntica limitación que la anteriormente expuesta, así como otras dos que a nuestro juicio son improcedentes: de un lado, la exigencia de la nota de espontaneidad, en el medida en que en función de la acepción del diccionario de la Real Academia Española de la Lengua que se adopte del adjetivo “espontáneo” (la primera, *“voluntario o de propio impulso”*, o la tercera, *“que se produce aparentemente sin causa”*) las asunciones de responsabilidad estratégicas (para evitar la prisión preventiva, obtener un beneficio penológico, descartar la apreciación de un tipo penal más grave, exonerar a un tercero, etc.) o incluso las que se producen siguiendo el consejo de un tercero (habitualmente del Abogado defensor) por pura inercia derivada de la confianza en el mismo y/o de la ausencia de criterio propio o serenidad en ese momento del confesante quedarían fuera de la órbita del término confesión a pesar de que la misma sería plenamente válida en el proceso; y, de otro lado, la exigencia de que exista ya, al tiempo de la asunción de la responsabilidad, un “reproche” hacia el confesante deja fuera cualquier reconocimiento de hechos no investigado, cuando, en realidad, el mismo constituiría una confesión. Tal vez la más pura y valiosa de las confesiones, que no en vano, situaría al confesante en posición acreedora de una circunstancia atenuante de la responsabilidad criminal (la de confesión del art. 21.4 C.P.), incluso muy cualificada (art. 66.1.2ª C.P.) en función de las circunstancias concurrentes.

¹⁹⁴ En similares términos lo ha definido PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A.J., *El interrogatorio del acusado...*, op. cit., p. 90, para quien el interrogatorio del acusado constituye *“un acto procesal por el que el procesado/imputado emite, en el marco de un proceso penal, si es su voluntad, una declaración de conocimiento sobre los hechos acerca de los que resulta ser preguntado o quiere referir”*. Por su parte, ROMERO COLOMA, A.Mª., *El interrogatorio del imputado y la prueba de confesión*, Editorial Reus, Madrid, 2009, p. 37, lo ha definido como *“un acto formal, con publicidad restringida a las partes o, excepcionalmente, de carácter secreto, consistente en el examen, sin juramento, del imputado, acerca de sus circunstancias personales y del fundamento de la imputación, realizado con el fin de establecer la identidad de la persona, de hacerle saber, en su caso, la imputación, y, eventualmente, los elementos que la sustentan y de oír sus eventuales declaraciones acerca de los hechos que se le atribuyan, o de los que exista sospecha acerca de su intervención”*.

Como señala HUERTAS MARTÍN¹⁹⁵, en lo que se refiere a la naturaleza jurídica de la declaración del imputado, la doctrina ha sostenido fundamentalmente dos posiciones, la que considera que se trata de un medio de defensa a través del cual puede el imputado aportar datos y elementos en su descargo; y la que sostiene que se configura como un importante medio de prueba, de suerte que de la misma pueden aflorar elementos relevantes para la formación de la convicción del órgano jurisdiccional.

Señalan tanto esta autora¹⁹⁶ como MAZZANTI¹⁹⁷ que en la medida en que el interrogatorio constituye un acto procesal complejo¹⁹⁸ que tiende a tutelar intereses diversos y que se dirige a la obtención de diferentes finalidades paritariamente representadas por la exigencia de alcanzar el descubrimiento de la verdad y de garantizar la defensa del imputado, ha de atribuirse al interrogatorio no únicamente la naturaleza de medio de defensa y de información, sino asimismo de eventual medio de notificación y de eventual fuente de prueba¹⁹⁹.

No obstante, compartimos plenamente la opinión de ESCOBAR JIMÉNEZ²⁰⁰ que *“parece un pleonismo afirmar su doble naturaleza. La eventual defensa que se esgrima a través del interrogatorio se encuentra incluida, como una muñeca rusa, en la práctica de la prueba misma; la defensa, de realizarse, constituiría un ingrediente a extraer del conjunto de su manifestación. De otro lado, de admitir la construcción de la que discrepo, habría que extender a la prueba testifical, pericial o, incluso, documental su*

¹⁹⁵ HUERTAS MARTÍN, M.I., *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de prueba*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1999, p. 293.

¹⁹⁶ HUERTAS MARTÍN, M.I., *El sujeto pasivo...*, *op. cit.*, pp. 296 y 297

¹⁹⁷ MAZZANTI, M., “Rilievi sulla natura giuridica dell’interrogatorio dell’imputato”, *RIDPP*, 1961, P. 1.182 (cit. por HUERTAS MARTÍN, *ibídem*).

¹⁹⁸ O mixto, como también lo denomina ASECIO MELLADO, J.M., *Prueba prohibida...*, *op. cit.*, p. 119. No obstante, para este autor, el interrogatorio del imputado es por encima de todo un medio de defensa como pura y lógica consecuencia de la posición procesal del inculcado como sujeto y no simple objeto del procedimiento (*ibídem*).

¹⁹⁹ A favor de su doble naturaleza jurídica se ha pronunciado, más recientemente, DE LA ROSA CORTINA, J.M., *Confesiones. Declaraciones de Imputados y Acusados. Coimputados, Testigos Imputados y Testigos Condenados*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2012, p. 20.

²⁰⁰ ESCOBAR JIMÉNEZ, R., “El interrogatorio del acusado”, *op. cit.*, p. 164.

consideración de medio de defensa cuando, con tal fin, se propone para su posterior práctica buscando, a la postre”, algún rendimiento probatorio favorable a la defensa.

La jurisprudencia ha considerado el interrogatorio del acusado un medio de prueba y, como tal, valorable por el órgano encargado del enjuiciamiento de conformidad con el artículo 741 LECrim. (SSTS de 2 de febrero de 1989 y 11 de febrero de 1994; asimismo, SSTC de 9 de mayo de 1988 y 23 de mayo de 1990). Por ello, tal vez, ARAGONESES ALONSO²⁰¹ ha definido la confesión como *“cualquier declaración del inculpado que desempeñe una función probatoria dentro del proceso”*.

3.8. DERECHOS FUNDAMENTALES DEL INCULPADO

La CE garantiza al imputado o acusado los derechos fundamentales a la defensa, a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable²⁰² (artículos 17.3 y 24.2). Estos derechos, como se ha visto, han sido proyectados en el plano de la legalidad ordinaria (artículos 118, 520.2 y 771.2ª LECrim.), concretándose también en el derecho a guardar silencio (apartado a) del artículo 520.2) que, obviamente, deriva de los anteriores.

El TC ha considerado que los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable son manifestaciones o garantías instrumentales del más amplio derecho de defensa, al que prestan cobertura en su manifestación pasiva, es decir, la que se ejerce precisamente con la inactividad del sujeto sobre el que recae o puede recaer una imputación (SSTC núm. 29/1995, de 6 de febrero; 197/1995, de 21 de diciembre; 67/2001, de 17 de marzo; y 76/2007, de 16 de abril). Asimismo, el derecho a no declarar ha sido considerado por el Tribunal de Garantías como inherente

²⁰¹ ARAGONESES ALONSO, P., *Instituciones de Derecho Procesal Penal I*, Madrid, 1981, p. 335 (cit. por ESCOBAR JIMÉNEZ, R., “El interrogatorio del acusado”, *op. cit.*, p. 165).

²⁰² Como afirma LORCA NAVARRETE, A. Mª, *El problema de la Administración de Justicia en España*, Edición Instituto Vasco de Derecho Procesal, Bilbao, 1989, p. 55, se trata de “derechos innatos a la propia persona”, así como una exigencia de la existencia de un proceso penal con todas las garantías.

al derecho de defensa (STC núm. 103/1985, de 4 de octubre)²⁰³, declarando lo mismo con respecto al derecho a no decir verdad e incluso mentir (por todas, STC núm. 142/2009, de 15 de junio).

Muy claro resulta el Auto del TSJ Andalucía núm. 84/2013, de 25 de julio, al afirmar que *“el derecho a no confesarse culpable en los términos legal y constitucionalmente establecidos, (...) no ha de entenderse como un remilgo procesal formalista, sino como la demarcación del terreno de juego procesal apto para conducir a una sentencia justa, puesto que el sistema de garantías del acusado no es tanto un blindaje de privilegios, como la selección del mejor método para el acierto de la decisión judicial, en el contexto del proceso debido”*.

Para el TC los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable entroncan también con una de las manifestaciones del derecho a la presunción de inocencia, en virtud de la cual la carga de la prueba en el proceso penal corresponde a la Acusación, sin que pueda hacerse recaer en el acusado la obligación de aportar elementos de prueba que supongan una autoincriminación (SSTC núm. 161/1997, de 2 de octubre; 18/2005, de 1 de febrero; y 76/2007, de 16 de abril).

3.8.1. El pretendido “derecho a mentir”

En cuanto a ese supuesto derecho a mentir reconocido por el TC²⁰⁴, y aun partiendo de la base de que el acusado no puede ser conminado con la pena correspondiente al delito de falso testimonio (art. 458 CP) desde el mismo instante en que declara amparado por los expresados derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable (y que, por supuesto, en caso de faltar a la verdad no puede ver exasperada su pena), consideramos

²⁰³ Recientemente, el TS, en su Sentencia núm. 874/2013, de 21 de noviembre, ha precisado –con tino– que *“en disciplinas constitucionales del proceso como la vigente en nuestro país, es el imputado quien decide constituirse o no en fuente de prueba, y, de decantarse por la negativa, el resultado de esta no lo situará en una pura posición de neutralidad a tales efectos”*.

²⁰⁴ Más ambiguo se ha mostrado en ocasiones el TS. Por ejemplo, en su Sentencia núm. 780/2006, de 3 de julio, al sostener que *“El procesado no tiene obligación de mentir, ni derecho a hacerlo. Más limitadamente, si miente, de ello no se le deriva ninguna responsabilidad. Es gratis, por decirlo plásticamente”*.

que de ahí no cabe colegir, sin más, que pueda permitirse -al menos no a "coste cero"- atribuir a otras personas una inexistente participación en un delito o, más limitadamente, atentar contra su honor o propia imagen, de suerte que nuestro ordenamiento jurídico articula mecanismos para proteger los derechos fundamentales en juego en tales casos (honor, propia imagen, incluso intimidad²⁰⁵). Nos estamos refiriendo, en concreto, al mecanismo previsto en la L.O. 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen, en cuanto que se establece claramente en el apartado primero de su art. 1 que los expresados derechos fundamentales serán protegidos "*frente a todo género de intromisiones ilegítimas*". Y una cosa es que el acusado esté amparado por el derecho a no confesarse culpable y otra muy distinta es que, yendo más allá del manto protector que le confiere este derecho fundamental, lleve a cabo una falaz -y, por ello, ilegítima- intromisión en los derechos fundamentales de una tercera persona.

Por contra, consideramos discutible que el acusado pudiera incurrir en un delito de acusación y denuncia falsa del artículo 456 del Código Penal y/o de calumnias del artículo 205 del expresado cuerpo legal o de injurias en su modalidad de "*imputación de hechos*" del artículo 208 del mismo Código, no porque se requiera un "*animus injuriandi*" negado por la jurisprudencia (por todas, SAP Madrid, Secc. 3ª, 164/2011, de 13 de junio²⁰⁶), sino porque, a nuestro juicio, *prima facie*, el acusado podría actuar amparado en las causas de justificación previstas en los apartados 5º y 7º del art. 20 CP, a saber, en estado de necesidad para evitar un mal propio (el efectivo ingreso en prisión) y/o en ejercicio legítimo de un derecho (en este caso, el de defensa, que debería interpretarse de modo amplio, no perdiendo de vista que el acusado no está obligado a decir verdad y tiene derecho a no confesarse culpable).

²⁰⁵ Todos ellos expresamente reconocidos en el art. 18.1 CE.

²⁰⁶ "*Se concluye que el elemento subjetivo del tipo de injurias consiste en el dolo genérico, es decir, en el conocimiento y voluntad de realización del elemento objetivo del tipo, sin necesidad de ninguna finalidad específica. Por tanto es bastante con el conocimiento y voluntad de manifestar expresiones o realizar acciones que menoscaban, por su propio contenido y entidad, la honra, el crédito o la dignidad de la persona a la que se dirijan*".

No obstante, nos decantamos por considerar que sí podría ser condenado por un delito de acusación y denuncia falsa, calumnias o injurias porque ese "derecho a mentir" no tiene un alcance ilimitado, sino que debe entenderse, en el ejercicio del derecho de defensa (y autodefensa) como la facultad de faltar a la verdad (con omisiones o con falseamiento de los hechos y/o sobre la propia participación delictiva), pero que no se extiende a la imputación falsa de hechos o de participación de terceros²⁰⁷. En cuanto a las posibles eximentes, no acaba de resultar convincente la idea de que evitar el efectivo ingreso en prisión sea un mal propio cuya evitación sea digna de protección jurídica hasta el punto de constituir presupuesto para basar el estado de necesidad en caso de imputación de hechos (con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad). Y menos posible parece aún que la "*imputación de hechos*" (con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad) realizada por el acusado, por muy amplio que se entienda el ejercicio del derecho de defensa, pueda servir de base para la aplicación de la circunstancia del artículo 20.7 del Código Penal. Una cosa es ejercitar el derecho de defensa y otra distinta realizar la acción de "*imputación*" con ocasión de dicho ejercicio y, por tanto, transgrediendo su contenido nuclear.

Tan es así que, de un lado, en la STS núm. 1.839/2001, de 17 de octubre, se expresa –bien que *obiter dicta*- que "*por el hecho de que el procesado no esté obligado por juramento o promesa a decir verdad, y quede excluido de la posibilidad de ser reo de falso testimonio, no supone que pueda mentir en lo que a otros concierne, ni acusarles impunemente. Las acusaciones inveraces a otros imputados podrían ser constitutivas de un delito de acusación y denuncia falsa*"²⁰⁸, y, de otro, que, recientemente, el TS,

²⁰⁷ En la SAP Lérida, Sección Primera, núm. 457/2005, de 12 de diciembre, se trata un supuesto ciertamente curioso pero que no guarda estrictamente relación con el ejercicio de un derecho en la medida en que la manifestación del imputado devino absolutamente gratuita e innecesaria a efectos defensivos. Y es que, en su declaración como imputado ante el Juzgado de Instrucción se limitó a expresar que no quería declarar "*por hallarse el letrado trabajando en el despacho del Sr. Manuel, estando sometido a acoso sexual por parte de dicho señor, por lo que tuvo que dejar de trabajar en dicho despacho*", imputación delictiva que le valió su condena como autor responsable de un delito de calumnias.

²⁰⁸ Opinión que reiteró el Tribunal –de nuevo, *obiter dicta*- en la STS núm. 795/2013, de 7 de octubre. Asimismo, la más reciente STS núm. 166/2014, de 28 de febrero, declaró que "*el*

en su Sentencia núm. 62/2013, de 29 de enero (en el conocido caso Marta del Castillo)²⁰⁹ ha llegado incluso a condenar *ex novo* en sede casacional (lo que provocó un Voto Particular del Magistrado JORGE BARREIRO²¹⁰) por un delito contra la integridad moral del artículo 173.1 del Código Penal a un acusado que, según hechos que resultaron probados: *“A lo largo del proceso, (...) se ha negado de forma reiterada a decir qué destino ha dado al cuerpo de Marta del Castillo, llegando a ofrecer varias versiones; en primer lugar que tiraron el cadáver de la menor al río; en segundo lugar que lo tiraron al interior de un contenedor de basuras, (...); y, en tercer lugar, que ayudó a introducir el cadáver en un coche desconociendo qué se hizo después con él. De este modo los familiares de la víctima no han podido dar sepultura a su cuerpo causando, si cabe, mayor dolor por la muerte de la menor a sus padres y hermanas”*.

Pero, sin perjuicio de que en el plano jurídico-penal sustantivo los hechos parecen difícilmente subsumibles en el delito contemplado en el artículo 173.1 del Código Penal²¹¹, lo que excede, sin duda, del objeto de nuestro trabajo, aun aceptando a los meros efectos dialécticos la tipicidad de la conducta, salta a la vista que el problema nuclear se plantea en términos de conflicto o tensión entre el bien jurídico que tutela el tipo penal (la integridad moral) y el derecho de defensa. Y es que, de decantarnos por la

hecho de que el procesado no esté obligado por juramento o promesa a decir verdad y que no pueda ser reo de falso testimonio, no supone que pueda mentir y acusar a otros de manera impune”.

²⁰⁹ Vid., asimismo, el comentario a dicha resolución judicial de NAVARRO MASSIP, J., “Conductas delictivas en el ejercicio del derecho de defensa”, *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 2/2013, parte Comentario.

²¹⁰ Quien consideró que, habiendo sido absuelto el acusado por el Tribunal *a quo* del expresado delito, la condena *ex novo* por la mayoría del Tribunal de casación sin haber sido oído contradecía la reiterada jurisprudencia del TEDH relativa a condenas de Tribunales españoles con la misma carencia procesal (*vid.*, por todas, la STEDH de 22 de noviembre de 2011, caso *Lacadena Calero contra España*).

²¹¹ Extremo que también expone el Magistrado JORGE BARREIRO en su Voto Particular en la medida en que echa en falta la concurrencia de dolo en la conducta del acusado para la correcta subsunción de los hechos en el tipo penal. En efecto, la Sentencia de instancia descartó el dolo al considerar que el acusado trató de evitar ser descubierto, no siendo su intención vejear, humillar o envilecer a los familiares de la persona desaparecida. No obstante, esta última Sentencia, al igual que la mayoría del TS, lamenta que ninguna parte formulara acusación por un delito de lesiones, en la medida en que, a su juicio, el dolor causado a los familiares, que aparece reflejado como secuelas en los informes médicos forenses, permitiría su anclaje en el resultado exigido por el indicado tipo penal.

prevalencia de este último, la conducta del acusado sería típica (insistimos que a los solos efectos dialécticos) pero no antijurídica o, lo que es lo mismo, aprobada por nuestro ordenamiento jurídico, en cuanto que el acusado habría obrado amparado por el ejercicio de un derecho (fundamental, además) cual es el de defensa, deviniendo, pues, de aplicación la causa de justificación prevista en el artículo 20.7 del Código Penal.

En la Sentencia objeto de comentario, la mayoría del TS recuerda que el propio TC, en su Sentencia núm. 142/2009, de 15 de junio, ha establecido matices a ese supuesto derecho a mentir en los siguientes términos: *“(...) no puede concluirse –como hacen los recurrentes– que los derechos a no declarar contra sí mismos y no declararse culpables en su conexión con el derecho de defensa consagren un derecho fundamental a mentir, ni que se trate de derechos fundamentales absolutos o cuasi absolutos, como se llega a sostener en la demanda, que garanticen la total impunidad cualesquiera que sean las manifestaciones vertidas en un proceso, o la ausencia absoluta de consecuencias derivadas de la elección de una determinada estrategia defensiva. Ello no es así ni siquiera en el proceso penal”*. De ahí que, en el caso concreto, la mayoría reputara innecesarias sus declaraciones para el correcto ejercicio del derecho de defensa, en tanto en cuanto le hubiera resultado suficiente guardar silencio para ejercitarlo debidamente. Con su conducta, a juicio del TS, el acusado iba ofreciendo “pistas falsas” que, a su vez, provocaron falsas expectativas de cara a la localización del cuerpo en sus familiares.

En definitiva, la mayoría viene a considerar que constituye un falso debate, en el caso en concreto, aludir a la colisión entre derechos fundamentales (derecho a la dignidad o a la integridad moral *versus* derecho de defensa), en cuanto que el derecho de defensa ni siquiera pudo resultar afectado materialmente. Por ello, la doctrina del autoencubrimiento²¹² como modalidad del derecho de defensa no justificaría en este caso la conducta del acusado.

²¹² Doctrina que la STS enuncia pero no explica mínimamente, dándola de alguna manera por sabida, y a la que más adelante nos referiremos en aras a la cabal comprensión de la cuestión controvertida.

No obstante, en su Voto Particular, el Magistrado JORGE BARREIRO sostiene, en síntesis, que el acusado *“no adoptó en sus declaraciones ante los funcionarios policiales una postura verbalmente peyorativa contra los familiares directos de las víctimas ni se pronunció con frases directamente dirigidas hacia ellos o que albergaran un contenido ignominioso. Se limitó a mentir al responder a las preguntas que se le formularon sobre un extremo crucial para los familiares, pero también para él desde la perspectiva del derecho de defensa”*. Es decir, que declaró en el marco del derecho de defensa, sin llevar a cabo directamente ningún acto ofensivo hacia los familiares directos, sin perjuicio de que, evidentemente, de modo colateral, sus respuestas generaran *“un grave perjuicio moral”* al obstaculizar el hallazgo del cadáver. Señala, además, el Magistrado discrepante –y no le falta razón- que la actitud propuesta por la Sentencia de la mayoría, consistente en guardar silencio y no mentir acerca de dónde se hallaba el cadáver, *“no suele ser la propia de una persona lega en derecho, ya que no prevé que mintiendo sobre la ubicación del cuerpo del delito puede incurrir en un tipo penal”*, lo que, a su juicio, evidencia que la penalización de sus respuestas *“cercena sustancialmente el derecho de defensa”*. Y, por si lo anterior fuera poco, indica también el Magistrado disidente que todo apunta a que las manifestaciones del inculpado, fundamentalmente en sede policial, pudieron deberse a un *“insuficiente”* o *“deficiente”* ejercicio del derecho de defensa, lo que unido a que nuestro sistema procesal no prevé expresamente la entrevista previa al interrogatorio policial entre el detenido y su Abogado (extremo que será objeto de desarrollo más adelante), aquél no pudo ser asesorado sobre la tesis a mantener en su declaración –ni, añadimos nosotros, nadie pudo cerciorarse de que el detenido comprendía en qué consisten exactamente los derechos que le asistían- como tampoco ser advertido de las consecuencias punitivas de mantener dicha tesis²¹³.

²¹³ En este punto, NAVARRO MASSIP, J., “Conductas delictivas...”, *op. cit.*, señala –con todo acierto- que *“muchos profesionales del Derecho están en la creencia (¿errónea y ahora ya vencible?) de que esa estrategia procesal no puede suponer la comisión de otro delito”*, por lo que concluye que *“este extremo bien pudo conducir a la aplicación del error sobre la licitud de la conducta, como manifestación del error de prohibición, entendido este como aquel que afecta a la significación antijurídica del hecho, ya por creer que éste no está prohibido, ya por creerse el autor legitimado para hacerlo (error sobre la justificación de la conducta)”*.

El Magistrado de constante referencia sitúa, pues, la discusión en el ámbito del autoencubrimiento impune, de suerte que *“el acusado no comunica el lugar de la ocultación del cadáver -o cuando menos no consta que fuera veraz alguna de sus versiones- con el fin de impedir que se hallaran pruebas que podrían incriminarle”*. Y, efectivamente, como sostiene, en la Sentencia de la mayoría se viene a decir que el autoencubrimiento no puede apreciarse en la medida en que el acusado se había declarado ya autor del hecho homicida. Pero parece olvidar el TS que el acusado fue imputado y acusado por delitos de agresión sexual y profanación de cadáver, de manera que, de haberse hallado el cuerpo, podrían tal vez haberse acreditado esos delitos por los que finalmente resultó absuelto.

3.8.2. El autoencubrimiento impune

Es en este momento cuando conviene precisar en qué consiste el tantas veces traído a colación autoencubrimiento impune. Para ello debemos partir de un escenario de concurso de delitos (regulado en los artículos 73 y ss. del Código Penal), esto es, que una sola acción o varias acciones constituyan varios tipos delictivos²¹⁴. En este escenario es donde se viene considerando que determinados actos posteriores a la ejecución de un delito, aun hallando encaje en otro tipo penal, deben ser impunes²¹⁵. En efecto, como ya tuvimos ocasión de exponer en otro lugar²¹⁶, desde hace años y de forma restringida, la Sala Segunda del TS viene aceptando la tesis del autoencubrimiento impune a fin de no castigar determinadas conductas

²¹⁴ Vid., MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002, p. 487.

²¹⁵ Incluso, recientemente, lo hemos propuesto como criterio hermenéutico para evitar la aplicación de un nuevo tipo delictivo que hemos considerado inconstitucional. Así, CAMPANER MUÑOZ, J., “El autoblanqueo de capitales tras la reforma penal de 2010 y sus relaciones concursales”, *Sepín, Sección Doctrina, SP/DOCT/9994*, enero de 2011; y “La necesaria consideración del autoblanqueo como acto copenado o autoencubrimiento impune”, *Derecho Penal Contemporáneo. Revista Internacional* núm. 35, *Legis*, Bogotá (Colombia), abril-junio de 2011, pp. 117 y ss.

²¹⁶ CAMPANER MUÑOZ, J., “El autoblanqueo de capitales...”, *op. cit.*

típicamente delictivas en cuanto que se cometen por el sujeto activo en aras a procurar no ser descubierto por un delito cometido con anterioridad²¹⁷.

Constituye un magnífico exponente de esta doctrina jurisprudencial la STS de 11 de enero de 1999, dictada en el denominado “caso UCIFA”. En este supuesto, el TS, casando y anulando la Sentencia de instancia, consideró impune que los agentes de la Guardia Civil enjuiciados incluyeran en sus atestados como cantidad de droga una menor de la realmente aprehendida, cantidad menor que era el resultado de restar, a la suma total, la detraída para pago de confidentes y colaboradores, pago y detracción que fue precisamente la base esencial de la comisión delictiva y de la subsiguiente condena por delito continuado contra la salud pública.

Puede verse, asimismo, por su claridad, y a pesar de que se refiera al ya derogado delito de inhumaciones ilegales del artículo 339 del C.P. de 1.973, la STS de 18 de septiembre de 1992. En este caso, el Alto Tribunal entendió que no podía ser apreciada la expresada infracción penal al haber pretendido su autor con el traslado, descuartizamiento e incineración del cadáver ni más ni menos que esconder y disimular la acción homicida; y no, atentar contra las normas reglamentarias que salvaguardan la salud pública. Más modernamente, el TS ha admitido la tesis del autoencubrimiento impune incluso en supuestos en donde se aprecia una notable desconexión temporal entre el delito inicial y la posterior conducta pretendidamente delictiva. Así, en la STS núm. 1.009/2009, de 14 de octubre, se absolvió al acusado de un delito de estafa procesal y falsedad en documento privado por la posterior conducta, tipificada en el art. 396 C.P., consistente en presentar en juicio varios documentos falsos por considerarse la expresada conducta como “*un acto propio dirigido expresamente a buscar la impunidad de otro de carácter precedente*”, buscándose, en definitiva, “*ocultar el acto ya ejecutado*”.

²¹⁷ Desde un plano estrictamente procesal, debe tenerse presente que la LECrim. establece como criterio de conexidad (artículo 17.4º) y, por ende, como supuesto de acumulación de varios delitos a un mismo procedimiento (artículo 300), que uno o varios delitos se hubieran cometido “*para procurar la impunidad*” de otros, pero sin importar si la comisión de estos últimos se atribuye a la misma persona (autoencubrimiento) o a un tercero.

3.8.3. La voluntariedad de la declaración del inculpado como requisito de validez

En pleno siglo XXI huelga tal vez recordar que la voluntariedad de la declaración constituye una *conditio sine qua non* de validez, prohibiendo expresamente la CE en su artículo 15 la tortura y los tratos inhumanos o degradantes y reconociendo, en suma, el derecho fundamental a la integridad física y moral de toda persona. Por su parte, el artículo 10 CE configura como fundamento del orden político y de la paz social la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad y el respeto a la ley y a los derechos de los demás.

El TEDH ha declarado que el derecho a la no autoincriminación “*presupone que las autoridades logren probar su caso sin recurrir a pruebas obtenidas mediante métodos coercitivos o de presión en contra de la voluntad de la persona acusada*” (SSTEDH de 3 de mayo de 2001, caso *J.B. c. Suiza* y de 8 de abril de 2004, caso *Weh c. Austria*, entre otras muchas).

Cuestión distinta es la dificultad que entraña la acreditación de tan deleznales conductas en dependencias policiales, lo que, unido a la tendencia de los Juzgados y Tribunales de la jurisdicción ordinaria al sobreseimiento y archivo de las denuncias formuladas sin agotar mínimamente –en ocasiones, incluso, sin iniciar siquiera- una investigación suficiente y efectiva en aras al esclarecimiento de los hechos, determina que, en la práctica, un alto porcentaje de las expresadas conductas puedan quedar impunes, sobre todo en aquellos casos en los que las conductas atentatorias contra los derechos fundamentales del interrogado no dejan huellas o vestigios materiales de su perpetración²¹⁸. Es copiosísima la

²¹⁸ Queda mucho camino por recorrer en esta materia, a pesar de las recomendaciones dirigidas por diversos organismos internacionales a las autoridades españolas. Así, el 30 de abril de 2013 el Comité Europeo para la prevención de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes (en lo sucesivo, CPT) publicó su informe al Gobierno español sobre la visita llevada a cabo del 30 de mayo hasta el 13 de junio de 2011. Y en lo que concierne a las acusaciones por supuestos malos tratos por parte de agentes policiales, el CPT reiteró su recomendación de que “*el fiscal/juez debería tomar nota de las denuncias por escrito, ordenar de inmediato un examen médico forense (en los casos en los que no sea proporcionado automáticamente un examen médico forense) y adoptar las medidas necesarias para garantizar que las denuncias sean investigadas adecuadamente*”.

jurisprudencia del TC y del TEDH sobre la temática suscitada en este punto. Baste, aquí y ahora, con la cita de las SSTC núm. 107/2008, de 22 de septiembre, 63/2010, de 18 de octubre, y 12/2013, de 28 de enero. Esta última, a pesar de no otorgar el amparo²¹⁹, compendia las enseñanzas de la doctrina constitucional y europea sobre la suficiencia de la investigación judicial de las supuestas conductas policiales vulneradoras del derecho de toda persona a no ser sometido a tortura o tratos inhumanos o degradantes (artículo 15 CE) en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (artículo 24.1 CE). Tras recordar que las exigencias de este último derecho son distintas y más estrictas, “reforzadas”, por razón del derecho material sobre el que recae la decisión judicial y hacer un repaso sobre la abundante normativa aprobada por las Naciones Unidas para asegurar la adecuada protección de todas las personas contra la tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes, nuestro Tribunal de Garantías asume la doctrina del TEDH que declara que cuando una persona afirma de forma “creíble” o “defendible” haber sufrido, por parte de la Policía u otros servicios del Estado, tratos contrarios al artículo 3 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales²²⁰, se debe realizar una investigación oficial eficaz (SSTEDH de 4 de abril de 2006, caso *Corsacov c. Moldavia*; 10 de abril de 2008, caso *Dzeladinov y otros c. Macedonia*; 16 de octubre de 2012, caso *Otamendi Egiguren c. España*, entre otras muchas). Como expresa la ya citada STC núm. 12/2013, con cita de otras muchas, la doctrina constitucional sobre la materia

Asimismo, el CPT destacó que los resultados de su visita “*indican que sigue faltando un adecuado control judicial de las personas que se hallan en detención incomunicada durante las primeras 120 horas de custodia*”. En el mismo sentido, en el informe del Comisario para los Derechos Humanos del Consejo de Europa Nils Muižnieks tras su visita a España del 3 al 7 de junio de 2013 (publicado el 9 de octubre de 2013), se subrayó la existencia de obstáculos por parte de los Jueces de Instrucción que impiden que las investigaciones relativas a alegaciones de malos tratos y torturas sean eficaces, por lo que instó a las autoridades a que “*tomen medidas para concienciar a jueces y fiscales acerca de su deber de investigar a fondo todas las alegaciones de malos tratos infligidos por agentes encargados de hacer cumplir la ley, de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*”, y urgió también a las autoridades para que “*refuercen y sistematicen la formación continua impartida a los fiscales y jueces sobre la necesidad de tomar medidas firmes para mantener la prohibición de la tortura y de otras formas de malos tratos*”, recordando, por último, que los expresados delitos siempre deben perseguirse, incluso de oficio.

²¹⁹ Se formuló, no obstante, un Voto Particular por parte del Magistrado PÉREZ TREMPs, al que se adhirió ORTEGA ÁLVAREZ.

²²⁰ “*Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes*”.

puede sintetizarse afirmando que *“vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva (...) que no se abra o que se clausure la instrucción cuando existan sospechas razonables de que se ha podido cometer el delito de torturas o de tratos inhumanos o degradantes denunciado, y cuando tales sospechas se revelen como susceptibles de ser despejadas”*. Ahora bien, como ha tenido ocasión de señalar el TEDH en su reciente Sentencia de 19 de diciembre de 2013, caso *Yuriy Volkov c. Ucrania*, incumbe al demandante suministrar al Tribunal al que solicita tutela suficiente y concreta información sobre la eventual presión de la que habría sido objeto por parte de los agentes policiales, huyendo de vaguedades e imprecisiones²²¹.

Dejando al margen, por obvios, los delitos contemplados en el Código Penal, en el plano de la legalidad procesal ordinaria el apartado 2º del artículo 389 LECrim. exige que las preguntas que se le formulen al imputado sean directas, prohibiéndose tajantemente que las mismas sean capciosas o sugestivas, mientras que el apartado 3º proscribiera cualquier género de coacción o amenaza con ocasión del interrogatorio del imputado. Es evidente, pues, que la confesión obtenida bajo tortura constituye una prueba prohibida y no puede desplegar efecto alguno (STS núm. 1.426/1997, de 17 de noviembre), pero también lo es la confesión bajo hipnosis o sueros de la verdad (STS núm. 900/1997, de 23 de junio), pues, como señala ASECIO MELLADO²²², el fundamento del precepto estriba en la garantía de libertad en clara coherencia con los derechos al silencio y a no declarar contra sí mismo, que quedarían vacíos de contenido. Es más, el Tribunal Supremo no ha vacilado al negar al imputado cualquier tipo de relajación voluntaria de su propio derecho de defensa mediante métodos considerados contrarios a derechos fundamentales personalísimos. Así, puede leerse en la STS de 26 de noviembre de 1991 que: *“La confesión arrancada mediante torturas,*

²²¹ En el caso citado, el TEDH declaró que no tenía la suficiente información para concluir que el demandante fuera sometido a presión psicológica determinante de un maltrato prohibido por el art. 3 CEDH, en la medida en que en su demanda no detalló qué habría sucedido exactamente en dependencias policiales en lo relativo a cuándo y qué tipo de comida le fue ofrecida, durante cuánto tiempo no pudo dormir y por qué motivo, qué medicación necesitaba y si la solicitó, todo ello antes de producirse la confesión que reputaba obtenida ilícitamente.

²²² ASECIO MELLADO, J.M., *Prueba prohibida...*, op. cit., p. 128.

hipnosis o sueros de la verdad está prohibida implícitamente por el artículo 15 de la Constitución Española. Pero tampoco es admisible la utilización de estos medios de prueba cuando sean los propios imputados quienes lo soliciten. La dignidad humana no es negociable, tampoco la libertad. El Ordenamiento jurídico, y con él los Tribunales, han de velar por estos valores explícitos en la Constitución. El imputado no puede invitar a que le torturen sus interrogadores ni a que le inyecten fármacos que le sitúen en una posición de carencia de libertad. En ese instante ha perdido su libertad, su dignidad y la propia grandeza del ser humano. Suponiendo, por vía de hipótesis, la posibilidad de una práctica de este tipo de pruebas, si el resultado fuera desfavorable al acusado no sería aceptable porque faltaría la libertad de la declaración y, siendo así, lo procedente es rechazarlo de forma incondicionada.

La grandeza de la libertad, a la que acaba de hacerse referencia, unida a la dignidad de la persona humana, impide la introducción de estos métodos en la investigación criminal, siendo así sólo factible en el mundo del psicodiagnóstico y de la psicoterapia, basados en el hecho de que la psiquis en estado de adormecimiento, no dominable ya por consiguiente por el sujeto, consecuencia de la introducción de sustancias denominadas narcóticos, se coloca en forma de poder ser explorado con más facilidad y profundidad por la técnica de la investigación psicoanalítica.

Por eso la doctrina científica, en general, entiende que el narcoanálisis y todas sus manifestaciones, dentro de la criminalística, significan un profundo ataque al conjunto psicofísico de la persona y por interrumpir precisamente la actuación del núcleo de la personalidad afecta a la libertad de la persona humana y su aplicación con fines de tomar declaraciones es absolutamente inadmisibles sin consentimiento del sujeto, pero que incluso con su consentimiento un interrogatorio en estado crepuscular no sería una declaración en sentido procesal porque faltarían los presupuestos indispensables para ser tenida en cuenta, como ya se dijo, independientemente de que las respuestas dadas en dicho estado

crepuscular ni siquiera se corresponden siempre con la verdad objetiva, sino con representaciones de la capa profunda de la personalidad”.

Mas sucede, como acertadamente expresa la STS núm. 304/2008, de 5 de junio, que *“dentro de los métodos coercitivos o de compulsión se encuentran no solo la amenaza, la coacción directa o el empleo de violencia en la obtención de una confesión, sino también cualquier medio que suponga una coacción o compulsión, incluso jurídica, en el sentido de contraposición de consecuencias jurídicas gravosas contra los intereses jurídicos de la persona acusada por el solo hecho de no colaborar con la actuación investigadora de las autoridades”.* Volveremos sobre esta idea más adelante.

ASENCIO MELLADO²²³ ha realizado una clasificación de los métodos de interrogatorio que han de reputarse como prohibidos, agrupándolos en tres bloques:

a) Medios que influyen psíquicamente en el sujeto y que afectan bien a su voluntad, o bien a su facultad de comprensión o a su memoria.

b) Medios que inciden físicamente en el sujeto y que afectan a su voluntad en sentido amplio.

c) Medios de carácter técnico, químico o psiquiátrico que afectan a la voluntad del sujeto.

La consecuencia necesaria del empleo de tales medios debe ser su consideración como prueba prohibida por su afectación al derecho fundamental a la libre declaración y a no confesarse culpable, y, corolario de lo anterior, su inutilizabilidad (artículo 11.1 LOPJ).

También hemos sostenido en otro lugar²²⁴ que la perpetuación de la declaración del imputado (que denominamos *“maratones judiciales”* o

²²³ ASECIO MELLADO, J.M., *Prueba prohibida...*, op. cit., pp. 129 a 132.

“interrogatorios Guinness”), aun con la aquiescencia del mismo y de su Letrado, en cuanto que eventual generador de un vicio de la voluntad, puede dar lugar a la entrada de la regla de exclusión del artículo 11.1 LOPJ.

3.9. LA RELEVANCIA DE LA CONFESIÓN

Cumple ahora analizar qué virtualidad tiene realmente la confesión; para, a continuación, examinar la confesión precedida de prueba inconstitucional. Es decir, debemos preguntarnos si, en verdad, la confesión del acusado constituye, *per se*, prueba *suficiente* para desvirtuar la presunción de inocencia²²⁵. Máxime cuando, como se ha visto, autorizada doctrina²²⁶ la ha considerado como un medio de defensa y no como un medio de prueba. Para ello conviene distinguir entre declaraciones auto y heteroincriminatorias, dejando sentado ya en este lugar que, en ambos casos, únicamente gozan de *validez* probatoria las declaraciones prestadas a presencia judicial (y, más concretamente, en el juicio oral, exceptuando los casos de lectura en el Plenario de la producida en fase sumarial, cuando proceda²²⁷), careciendo, pues, de validez las declaraciones policiales no

²²⁴ Vid. nuestro trabajo, CAMPANER MUÑOZ, J. y ALARCÓN ALCARAZ, J., “Límites y efectos de la perpetuación de la declaración del imputado”, *Diario La Ley* núm. 7.382, año XXXIII, Sección Tribuna, 4 de abril de 2012.

²²⁵ Que no es una verdadera presunción, como con acierto ha señalado VEGAS TORRES, J., *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*, La Ley, Madrid, 1993, p. 13.

²²⁶ Vid. MORENO CATENA, V., “Los elementos probatorios obtenidos con la afectación de derechos fundamentales durante la investigación penal”, en GÓMEZ COLOMER, J.L. (Coord.), *Prueba y proceso penal. Análisis especial de la prueba prohibida en el sistema español y en el derecho comparado*, Tirant lo Blanch Tratados, Valencia, 2008, p. 84.

²²⁷ Cuestión que excede de las pretensiones de este trabajo. Tan sólo apuntaremos que las dos vías empleadas por nuestros Jueces y Tribunales a tal fin son las previstas en los artículos 714 (referido a las declaraciones de testigos, mas ampliada jurisprudencialmente a las de acusados; *vid.*, SSTC núm. 47/1986, de 21 de abril; y 190/2003, de 27 de octubre) y 730 LECrim. Mientras esta última se viene utilizando en los casos en que el acusado guarda silencio en el juicio oral (incluso en los casos de enjuiciamiento en ausencia ex artículo 786.1.II LECrim.) para permitir la lectura y valoración de su declaración sumarial, el cauce del artículo 714 se viene empleando para el caso de que se pongan de relieve contradicciones entre lo declarado en instrucción y en el juicio oral, pero también para supuestos de silencio en el juicio oral, al considerar cierta corriente jurisprudencial que “*la contradicción existe desde el momento en que el acusado nada manifiesta sobre algún extremo que debe evaluarse*” (STS núm. 372/2011, de 10 de mayo, postura ésta que aparece matizada en la más reciente STS núm. 793/2013, de 28 de octubre, en un caso en el que los acusados rechazaron responder a las preguntas del Ministerio Fiscal, supuesto de hecho que, a juicio del TS, legitima a la Acusación para interesar la lectura de las declaraciones prestadas en fase sumarial, con el fin de que el órgano jurisdiccional al que incumbe la valoración probatoria pueda formarse criterio sobre la credibilidad que le merecen

ratificadas judicialmente (*vid.*, entre otras, la reciente STC núm. 53/2013, de 28 de febrero, que, en buena medida, reproduce las enseñanzas contenidas en la STC núm. 68/2010, de 18 de octubre; asimismo, las SSTs núm. 258/2012, de 3 de abril, 715/2013, de 27 de septiembre y 167/2014, de 27 de febrero). Todo ello sin perjuicio de que, como expresa la STS núm. 726/2011, de 6 de julio, nada impida que las declaraciones policiales válidas sean empleadas en el interrogatorio del juicio oral con la finalidad de aclarar las diferencias entre unas y otras manifestaciones, *“especialmente en relación con los aspectos objetivos acreditados por otras pruebas (...) [inriminatorias], pues es claro que debe existir una oportunidad para la defensa del acusado en orden a la aportación de una explicación razonable respecto de aquellos elementos que lo inculpan. Bien entendido que el contenido de la declaración policial podrá ser útil como instrumento de confrontación para contrastar la credibilidad de lo manifestado en el plenario, pero no para acreditar hecho alguno”*. No obstante, esta última “concesión” que efectúa el TS supone, a no dudar, una nada deseable confusión entre el auténtico proceso penal (el jurisdiccional) y la investigación policial previa, con el peligro de que lo actuado en dependencias policiales influya indebidamente en la decisión del juzgador.

3.9.1. Declaraciones autoincriminatorias

Ya CARNELUTTI²²⁸ advertía que *“malo sería si el juez se contentase con razonar así: el imputado ha confesado haber matado. Por lo tanto ha matado”*. Y lo advertía porque la experiencia demostraba -y demuestra- que

las tesis exoneratorias de los acusados, dejando claro, en todo caso, que el completo silencio en el Plenario no contradice ninguna de las manifestaciones prestadas en instrucción). En cualquier caso, debe quedar claro que ambas vías, que a nuestro juicio no son tan elásticas como lo ha entendido la jurisprudencia, suponen una excepción a la regla general que impone el derecho fundamental a la presunción de inocencia: que la prueba sea practicada en el *juicio oral* con todas las garantías (*vid.* STC núm. 31/1981, de 28 de julio, y todas las que la han seguido de modo constante y sin fisuras). Por su parte, DEL MORAL GARCÍA, A., “Interrogatorio del acusado...”, *op. cit.*, considera que el derecho a no declarar del acusado no comporta un derecho de exclusividad sobre las propias declaraciones hechas voluntariamente en momentos anteriores, precisando que aquél no se entiende a la facultad de “borrar” o “aniquilar” las declaraciones que haya podido efectuar anteriormente si se hicieron con todas las garantías y con respeto, entre otros, a su derecho a no declarar.

²²⁸ CARNELUTTI, F., *Las miserias del proceso penal*. Hemos manejado la edición de la Librería EL FORO (Colección Clásicos del Derecho), Buenos Aires, 2006 (Trad. de N. VÁZQUEZ), p. 50.

hay casos en los cuales el hombre confiesa un delito que no ha cometido. Por su parte, ROXIN²²⁹ ha subrayado con acierto que el órgano jurisdiccional puede creer la confesión del inculcado en lugar de las declaraciones de eventuales testigos de cargo, mas, de otro lado, al no alcanzar la confesión un resultado seguro, puede que la misma sea falsa por muy diversos motivos, como pudieran ser el deseo de ingresar en prisión, obtener una coartada frente a otra imputación más grave o encubrir al verdadero autor.

Si a lo anterior añadimos que la confesión del imputado fue la *regina probatorum* del proceso inquisitivo propio del Antiguo Régimen, que, además, generalmente operaba asociada a la tortura²³⁰, no es de extrañar que el primer párrafo del artículo 406 de nuestra vetusta LECrim. establezca claramente que *"la confesión del procesado no dispensará al Juez de instrucción de practicar todas las diligencias necesarias a fin de adquirir el convencimiento de la verdad de la confesión y de la existencia del delito"*²³¹. Del mismo modo, el artículo 820, referido al procedimiento especial para delitos cometidos por medio de la imprenta, dispone que *"no será bastante la confesión de un supuesto autor para que se le tenga como tal y para que no se dirija el procedimiento contra otras personas, si de las circunstancias de aquél o de las del delito resultaren indicios bastantes para creer que el confeso no fue el autor real del escrito o estampa publicados"*.

Nuestra doctrina²³² ha entendido que el fin de estos preceptos no es otro que evitar la sobrevaloración de la confesión en el proceso penal, por lo

²²⁹ ROXIN, C., *Strafverfahrensrecht*, C.H. Beck, München, 1995, pp. 92 y 93.

²³⁰ Sobre esta cuestión, puede verse DE CASTRO, P., *Defensa de la tortura y leyes patrias que la establecieron: e impugnación [sic.] del Tratado que escribió contra ella el Doctor Alfonso María de Acevedo*, Miguel Escribano, Madrid, 1.778, editado por Maxtor, Valladolid, 2009.

²³¹ Cientos de años después, nuestro prelegislador mantiene viva la indicada concepción de la confesión del encausado desde el momento en que el apartado 2 del artículo 269 del BBACPP dispone que la misma *"no dispensará al Fiscal de practicar todas las diligencias necesarias para comprobar la existencia del delito y la participación de aquél"*, sin perjuicio de que, cuando el Fiscal, durante las diligencias de investigación, considere que, con la confesión y la conformidad inmediata del encausado (con la consiguiente reducción de un tercio de la pena ex artículo 270.3.3ª), *"el delito queda suficientemente esclarecido en interés de la justicia"*.

²³² Aunque se refieran a la fase de juicio oral, conviene traer aquí a colación las palabras de VÁZQUEZ SOTELO, J.L., *Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del*

que se insta a orientar la actividad investigadora del Juez de Instrucción más allá de la obtención de la confesión. Mas, en realidad, la práctica discurre en muchas ocasiones por lares bien distintos, al contentarse el Instructor -y también el Ministerio Público- con la mera confesión del imputado²³³.

En este sentido versa, de algún modo, el voto particular de la Magistrada CASAS BAAMONDE a la STC núm. 56/2009, de 9 de marzo: *"Tampoco resulta ajeno a nuestra doctrina sobre el derecho fundamental a la presunción de inocencia que la investigación de los hechos que puedan resultar delictivos no se detenga en el fácil expediente del testimonio potencialmente interesado de los implicados, sino que persevere hacia el hallazgo riguroso de datos objetivos que sirvan a su determinación"*.

Muy didáctica resulta la STS núm. 193/2008, de 30 de abril, cuando afirma: *"(...) la confesión fue, en efecto, regina probatorum, pero sólo en el proceso penal del ancien régime, es decir, en el inquisitorial y, en general, en el inquisitivo, en los que, como se sabe, ese instrumento probatorio operaba asociado a la tortura. Es por lo que, con razón, se le considera verdadero fundamento de todos los abusos de esa época oscura. Tanto es así que ha podido hablarse, con verdad, de "horrores y errores" con tal medio de prueba como causa. Y se sabe que fue la constancia de este resultado lo que -muy trabajosamente y merced al esfuerzo del pensamiento ilustrado- sacudió las conciencias, cambió las sensibilidades y generó el estado de opinión que, finalmente, desembocaría en la superación de semejante bárbaro estado procesal de cosas. En este orden, el cambio de situación se cifró en la abolición de la tortura, el destronamiento de la confesión, con pérdida [de]*

Tribunal, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1984, p. 11: "nunca descansa tanto la conciencia de un Juez como cuando dicta su sentencia sobre la realidad de unos hechos justiciables reconocidos y admitidos por el mismo destinatario del castigo penal".

Sobre el artículo 820 LECrim., vid. SÁNCHEZ MELGAR, J., "Título V. Del procedimiento por delitos cometidos por medio de la imprenta, el grabado u otro medio mecánico de publicación", *Enjuiciamiento Criminal. Comentarios y Jurisprudencia* (Coord. SÁNCHEZ MELGAR, J.), Volumen II, Sepín, Madrid, 2010, pp. 2.960 y 2.961, quien afirma que se trata de una norma que, en correspondencia con lo establecido en el artículo 406 LECrim., guía a los Jueces y Tribunales en su labor de apreciación probatoria, de modo que la simple confesión no autoriza la condena por sí misma *"si de los demás elementos resulta lo contrario"*.

²³³ Vid., *ad exemplum*, ASECIO MELLADO, J.M., *Prueba prohibida...*, p. 133.

aquella regia prerrogativa, y la consagración del principio nemo tenetur se detegere, es decir, el derecho del imputado a no declarar, sobre todo, contra sí mismo. De modo que su declaración pasaba a ser más bien un (opcional) medio de defensa. Y su confesión una eventual prueba, ya no privilegiada, sino rigurosamente bajo sospecha. Lo acredita la previsión del art. 406 LECrim, que, en presencia de la manifestación autoinculpatoria del imputado, obliga al juez a practicar las diligencias de investigación necesarias para adquirir el convencimiento de la verdad, porque ella, en sí misma, no sería fiable”.

Ocurre, sin embargo, que un sector doctrinal²³⁴ considera que cuando resulte imposible la obtención de datos que corroboren lo manifestado por el imputado y el Juez o Tribunal entienda que su versión es verosímil, nada impide, en verdad, acoger su fuerza probatoria y, además, considerar la confesión autoincriminatoria prueba suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia. Ahondando en esta idea, DE LA OLIVA SANTOS²³⁵ sostiene que en caso de delitos menores ("criminalidad de bagatela") la confesión en juicio debiera estar justificada racional y empíricamente como prueba legal determinante de una condena²³⁶. A juicio de este autor, constituyen "*máximas de la experiencia*" que ante hechos criminales de suma gravedad la confesión

²³⁴ De nuevo, *vid.*, por todos, ASECIO MELLADO, J.M., *ibídem*, p. 134; en contra, *vid.* GARCÍA MUÑOZ, P.L., "Declaraciones de los sometidos...", *op. cit.*, p. 182, quien, de modo taxativo, considera que la mera autoincriminación sin más datos no puede determinar la participación de un acusado en la sentencia penal "*no tanto por un déficit de credibilidad en la persona del imputado, como por una lógica e insalvable falta de credibilidad en la declaración misma*".

²³⁵ DE LA OLIVA SANTOS, A., "Presunción de inocencia, prueba de cargo y sentencia de conformidad", en GÓMEZ COLOMER, J.L. (Coord.), *Prueba y proceso penal. Análisis especial de la prueba prohibida en el sistema español y en el derecho comparado*, Tirant lo Blanch Tratados, Valencia, 2008, p. 73.

²³⁶ De este modo, de un lado, se legitima la sentencia condenatoria con una genuina prueba (la confesión), que complementa a ese "negocio jurídico-procesal" que es la conformidad (de por sí, sostiene -con tino- el Prof. DE LA OLIVA, inhábil para desvirtuar la presunción de inocencia) y, de otro, se contribuye a la agilización de la Justicia penal. Se trataría, en suma, de introducir un componente norteamericano a nuestro régimen de conformidad, exigiéndose al Juez o Tribunal, entre otras cosas, que, al igual que en el *guilty plea*, se cerciore de que existe base fáctica para la declaración de culpabilidad, como explica GASCÓN INCHAUSTI, F., "Justicia penal negociada y nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal. Algunas reflexiones críticas a la luz de la experiencia jurídica estadounidense", pendiente de publicación (facilitado por su autor), pidiéndole al acusado que le cuente los hechos (en el modelo americano, tal declaración se produce bajo juramento).

en juicio no es fiable, mientras que cuando se trata de "*hechos de menor relevancia, no gravísimos ni graves*", puede sostenerse lo contrario²³⁷.

En cualquier caso, la confesión debe ser valorada a la luz del criterio de libre apreciación de la prueba del artículo 741 LECrim., junto con todo el cuadro probatorio del que se disponga, habiéndose encargado la jurisprudencia del TS²³⁸ de distinguir, a este respecto, entre la prueba de la existencia del delito (cuerpo del delito) y la prueba de la autoría, concluyendo que únicamente la primera no puede ser probada exclusivamente por la confesión. No en vano, el artículo 699 LECrim., ya en sede de Plenario, impide la conformidad del acusado (o, mejor, resta virtualidad a la confesión prestada en juicio), aun cuando venga ratificada por su defensor, en los casos en que no exista constancia del cuerpo del delito²³⁹.

Si esto es así, se convendrá en que la suficiencia de la confesión para destruir la presunción de inocencia, cuando aquélla haya sido precedida de una vulneración de derechos fundamentales, con la consecuente exclusión probatoria, dependerá de si en el acervo probatorio "sano" (valorable por el Juez o Tribunal) subsiste algún vestigio del que razonablemente pueda inferirse la existencia misma del delito. En caso afirmativo, el acusado podrá atribuirse su autoría y, en suma, sustanciarse un pronunciamiento condenatorio. Mas, de haber irradiado el efecto reflejo de la prueba inconstitucional, a través del mecanismo de exclusión probatoria ex artículo 11.1 LOPJ, una higienización procesal de tal calibre que determine la ausencia de material probatorio sobre el cuerpo del delito, la confesión del

²³⁷ Esto mismo puede que pensara el Legislador de 2002 cuando, en contraposición al ya citado art. 406 LECrim. (que se mantuvo y mantiene vigente), confirió al art. 779.1.5ª LECrim. la siguiente redacción: "*Si, en cualquier momento anterior [a la continuación de las diligencias previas por los trámites del Procedimiento Abreviado], el imputado asistido de su Abogado hubiere reconocido los hechos a presencia judicial, y estos fueran constitutivos de delito castigado con pena incluida dentro de los límites previstos en el artículo 801 [que se compadecen con la denominada "criminalidad de bagatela"], mandará convocar inmediatamente al Ministerio Fiscal y a las partes personadas a fin de que manifiesten si formulan escrito de acusación con la conformidad del acusado. En caso afirmativo, incoará diligencias urgentes y ordenará la continuación de las actuaciones por los trámites previstos en los artículos 800 y 801*".

²³⁸ Desde la añeja STS de 18 de enero de 1989. *Vid.* las más recientes SSTs núm. 1.105/2007, de 21 de diciembre y 290/2010, de 31 de marzo.

²³⁹ En similar sentido, *vid.* la redacción del artículo 108.4º BBACPP.

acusado no será suficiente para enervar su interina presunción de inculpabilidad²⁴⁰.

Veámoslo con un ejemplo: supongamos que merced a una entrada y registro acordada por un Juez de Instrucción sin la más mínima motivación, limitándose a plasmar en su resolución sospechas, corazonadas y conjeturas policiales carentes de la más mínima apoyatura objetiva, se incauta en el domicilio del sospechoso un paquete con un kilogramo de sustancia polvorienta, la cual, tras ser debidamente analizada en laboratorio oficial, resulta ser cocaína de una pureza elevada. Llegado el momento de la vista oral, su Defensa plantea como cuestión previa ex artículo 786.2 LECrim. la vulneración del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio y solicita que opere la regla de exclusión del artículo 11.1 LOPJ. El Tribunal decide resolver en sentencia acerca de la eventual violación y, en su caso, su alcance reflejo. Durante el interrogatorio, el acusado confiesa de modo libre e informado la tenencia del kilogramo de droga para su distribución a terceros. En sentencia, efectivamente, el Tribunal declara vulnerado el derecho fundamental a la inviolabilidad domiciliaria del acusado y decreta la nulidad de todo lo obtenido directa e indirectamente merced a la diligencia de entrada y registro inconstitucionalmente practicada, hasta el punto de que el único elemento probatorio independiente²⁴¹ lo constituiría el reconocimiento de hechos del acusado. Sin esta confesión, el escenario sería de absoluta orfandad probatoria. Pues bien, entendemos que en este caso seguiría sin existir prueba de cargo suficiente para destruir la presunción de inocencia en la medida en que, como se ha desarrollado *supra*, la confesión del acusado no bastaría a estos efectos, de suerte que el cuerpo del delito habría sido

²⁴⁰ En contra, *vid.* RODRÍGUEZ LAINZ, J.L., *La confesión del imputado...*, *op. cit.*, p. 91, quien afirma, sin apoyo argumental, que la confesión “tiene una fuerza tal que es capaz incluso de servir como prueba única para la declaración de los hechos probados que sirvan de base a una condena”. Lo mismo viene a afirmar, aunque de un modo algo más velado, en otro lugar de la misma obra: p. 163. Para MARTÍNEZ GARCÍA, E., *Eficacia de la prueba ilícita...*, *op. cit.*, p. 212, la admisión de la independencia de la confesión sobre la base de la droga sin la cual no hubiese podido existir prueba de cargo suficiente demuestra el error de la teoría de la desconexión.

²⁴¹ A los meros efectos dialécticos o bien dando por sentada la entrada en vigor del BBACPP, pues ya hemos sostenido que, a nuestro juicio, la confesión precedida de prueba inconstitucionalmente obtenida debe ser considerada prueba refleja y, por tanto, no puede ni debe surtir efecto alguno.

irremediable e irremisiblemente eliminado del acervo probatorio de cargo²⁴². Y es que parece claro que, por mucho que –como se verá más adelante- una línea jurisprudencial e incluso nuestro prelegislador otorguen validez a la confesión en determinadas condiciones, validez y suficiencia no son sinónimos ni pueden asimilarse. La confesión no puede, como por arte de magia²⁴³, desplegar sus efectos hacia atrás, sino que, más limitadamente, será, en su caso, válida y podrá desplegar sus efectos en lo sucesivo.

Una última cuestión, ciertamente sugerente, nos la plantea -bien que no con respecto la confesión, sino en abstracto en el ámbito del proceso penal- PICÓ I JUNOY²⁴⁴: ¿puede el Juez, en méritos del principio de adquisición procesal, valorar la prueba practicada a instancia del acusado si ésta le incrimina, o estamos ante una prueba ilícita por atentar contra sus derechos de defensa y la presunción de inocencia? En este sentido, la SAP Barcelona, Secc. 3ª, de 24 de octubre de 2002, niega la virtualidad del principio de adquisición procesal y establece la imposibilidad de valorar prueba de cargo aportada por la parte acusada: *“Cuando la propia de defensa aporta la prueba que acredita la pretensión de la acusación, no puede hablarse de una prueba válidamente constituida, porque nos encontramos, sin duda, ante un supuesto de prueba obtenida con vulneración del derecho de defensa. Es una prueba ilícita, que no puede ser valorada para desvirtuar la presunción de inocencia y fundamentar el fallo condenatorio”*. Estamos de acuerdo con el expresado autor cuando considera totalmente criticable la doctrina que se desprende de la resolución judicial parcialmente transcrita en cuanto que, de un lado, excepciona el principio de libre valoración de la prueba practicada en el juicio oral ex artículo 741

²⁴² Nótese que en la actual regulación de la conformidad en el Procedimiento Abreviado, el artículo 787 LECrim. no prevé ningún control por parte del Juez o Tribunal en este sentido, de tal manera que sería posible que un acusado se conformara a pesar de no constar el cuerpo del delito. No obstante, el nuevo BBACPP mejora las previsiones normativas al establecer en su artículo 108, titulado "Control de la conformidad por el Tribunal", apartado 4º, una verificación judicial en el sentido indicado, que permite al Tribunal rechazar la conformidad en el caso expuesto.

²⁴³ O, en expresión de ANDRÉS IBÁÑEZ, *"prestidigitación jurídica"* (vid. su Voto Particular a la STS núm. 370/2008, de 19 de junio).

²⁴⁴ PICÓ I JUNOY, J., "El principio de adquisición procesal en materia probatoria", *Diario La Ley* núm. 6.404, Sección Doctrina, La Ley, 20 de enero de 2006.

LECrim., y, de otro, vulnera el principio de igualdad, ya que mientras la prueba de la acusación es libremente valorable por el Juez – independientemente de que resulte de signo incriminatorio o exculpatario-, la de la defensa sólo le puede beneficiar²⁴⁵. De todo ello se sigue que la prueba aportada por la defensa del acusado, siempre que se obtenga con todas las garantías y se practique válidamente, puede ser libremente valorada por el Juez o Tribunal en méritos del principio de adquisición procesal.

3.9.1.1. Análisis crítico del valor conferido a las denominadas “manifestaciones espontáneas”

Una cuestión que necesariamente debe ser tratada cuando se aborda el tema de la confesión es el relativo a la validez de las manifestaciones espontáneas (incriminatorias) de los sospechosos a la policía sin asistencia letrada.

La STS núm. 941/2012, de 29 de noviembre, recuerda que el artículo 17.3 CE garantiza la asistencia letrada al detenido en las diligencias policiales y judiciales en los términos que la Ley establezca, imponiéndola la LECrim. en las diligencias de declaración, de tal manera que los datos obtenidos de una declaración prestada por un detenido prescindiendo de la expresada asistencia *“no pueden ser utilizados en su contra, en una investigación penal o como prueba de cargo”* al suponer una vulneración de ese derecho fundamental, excepto en los supuestos en que las manifestaciones espontáneas justifiquen una actuación urgente. El problema es que una vez ofrecido el dato por el detenido, la policía puede obtenerlo por otro camino, silenciando incluso que la manifestación espontánea tuviera lugar o atribuyéndosela a informadores confidenciales. En el caso resuelto por esta Sentencia, al comenzar el registro en el domicilio del detenido éste precisó el

²⁴⁵ Como afirma FERNÁNDEZ LÓPEZ, M., *Prueba y presunción de inocencia*, Iustel, Madrid, 2005, pp. 146 y 147, *“en virtud de la vigencia del principio de adquisición procesal, la exigencia de que sea la acusación quien aporte la prueba de cargo ha de relativizarse hasta el punto de admitir la posibilidad (...) de que la prueba de cargo pueda provenir del acusado, puesto que una vez ésta ha sido aportada, poco importa quién la ha introducido”*.

lugar donde escondía droga. El Alto Tribunal, considerando que no aparecía en el acta de entrada y registro *“nada que indique una posible coacción, ni requerimiento alguno al detenido para que colaborara en la búsqueda”*, concluyó que se trató de una manifestación espontánea; y, considerando que no existía ningún dato del que se infiriera que el hallazgo *“solo se habría producido a causa de la manifestación del detenido”* al constar que la sustancia estupefaciente fue hallada a la entrada de la finca, oculta entre unos arbustos, concluyó que podía entenderse que *“la reacción del detenido no fue otra cosa que el reconocimiento de aquello que inevitablemente iba a ser descubierto”*, lo que determinaría la independencia del hallazgo con respecto a la eventual vulneración del derecho fundamental.

La STS núm. 299/2013, de 27 de febrero, rechaza la validez probatoria de la declaración prestada en dependencias policiales sin asistencia letrada, a pesar de que el acusado (en su día, investigado) acudiese voluntariamente a la Comisaría, prestando declaración también voluntaria sin hallarse privado de libertad, en cuanto que estas circunstancias no eximían de la asistencia letrada que, aun no siendo expresamente exigida por la Constitución en estos supuestos, sí que lo es por la LECrim. desde la reforma operada mediante ley 38/2002, de 24 de octubre, que generalizó a través del artículo 767 la preceptiva asistencia de Letrado a todo imputado, esté o no detenido, configurando tal derecho como indisponible²⁴⁶.

La STS núm. 704/2013, de 25 de septiembre, sistematiza la jurisprudencia habida hasta la fecha²⁴⁷ sobre las manifestaciones espontáneas, resolviendo, en el caso concreto, que la manifestación que realizó la detenida a los agentes policiales precedida de la instrucción de sus

²⁴⁶ Como atinadamente señala la referida STS, la redacción del art. 767 LECrim., en sede de procedimiento abreviado, mal se armoniza con la dicción del art. 118 de la misma Ley, que se mantuvo inalterada con la expresada reforma. Mas, efectivamente, considerar que la indicada asistencia letrada no rige para los delitos más graves, no sería coherente ni asumible.

Tratándose de causas seguidas por delito, el derecho a la asistencia letrada tan sólo es renunciable, única y exclusivamente, si la detención se debe a un delito contra la seguridad del tráfico (art. 520.5 LECrim.)

²⁴⁷ Y que se mantiene vigente (*vid., ad exemplum*, las SSTS núm. 16/2014, de 30 de enero, y 229/2014, de 25 de marzo).

derechos, de querer colaborar para la identificación de los destinatarios de la droga que le fue intervenida, todo ello sin asistencia letrada, no le causó indefensión alguna ni vulneración del derecho a la asistencia letrada. Como se ha dicho, la mentada resolución realiza un valioso recorrido por la jurisprudencia del TS sobre esta materia²⁴⁸, que puede resumirse del modo que sigue:

1º.- Aun siendo cierto que el artículo 17.3 CE exige que toda persona detenida debe ser informada de sus derechos, garantizándose la asistencia letrada a la misma tanto en diligencias policiales como judiciales, ninguna Ley prohíbe que las personas detenidas realicen, de forma voluntaria y espontánea, manifestaciones a los agentes policiales confesando su culpabilidad o incluso ofreciéndose a colaborar con ellos. Y todo ello con independencia del móvil o finalidad perseguida.

2º.- Estas manifestaciones, para que sean válidas, deben haber tenido lugar con posterioridad a la información de derechos constitucionales.

3º.- Estas manifestaciones no pueden servir para fundamentar la convicción exclusivamente sobre ellas, debiendo, por tanto, corroborarse por otras fuentes complementarias que apunten en la misma dirección y que conduzcan de modo inequívoco a idéntica conclusión incriminatoria.

4º.- Lo prohibido es la indagación policial antes de la información de derechos o cuando ya se ha ejercido el derecho a no declarar, pero no la audición de manifestaciones por los funcionarios policiales.

5º.- Son válidas en juicio las declaraciones prestadas por los agentes policiales acerca de las manifestaciones espontáneas realizadas por los acusados, tras su detención y una vez informados de sus derechos.

²⁴⁸ SSTs núm. 548/2001, de 3 de abril (con cita, a su vez, de las SSTs de 7 de febrero y 27 de marzo de 2000); 779/2003, de 30 de mayo; 25/2005, de 21 de enero; 418/2006, de 12 de abril; 292/2012, de 11 de abril; 662/2013, de 18 de julio; 365/2013, de 20 de marzo (con cita, a su vez, de las SSTs núm. 1.571/2000, de 17 de octubre; 844/2007, de 31 de octubre; 667/2008, de 5 de noviembre; 1.030/2009, de 15 de octubre; y de otras ya reseñadas).

6º.- No obstante lo expuesto hasta este lugar, los instructores del atestado no pueden formalizar por escrito este tipo de manifestaciones hechas sin la previa información de derechos, ni, por ende, suscribirlas el detenido. De producirse esto último, se trataría de una mera ilegalidad sin categoría de infracción constitucional necesaria para la aplicación de la sanción contemplada en el art. 11.1 LOPJ, pero que debería reputarse nula (art. 238.3º LOPJ) y, por tanto, ineficaz desde el punto de vista probatorio. Mas esta nulidad no afectaría a la validez y posible eficacia probatoria de las ulteriores diligencias practicadas conforme a la legalidad y a la Constitución (art. 242.1 LOPJ).

7º.- Si las manifestaciones se efectúan antes de la información de derechos no podrán ser utilizadas como medio probatorio hábil para destruir la presunción de inocencia, mas sí como elemento coadyuvante para la investigación, de tal forma que esas declaraciones no serían nulas, pero tampoco serían utilizables como material probatorio de cargo.

En nuestra opinión, el posicionamiento de la jurisprudencia objeto de comentario (que, por cierto, incurre en circunloquios innecesarios) constituye un lamentable retroceso, en la medida en que todo lo que se ha logrado avanzar en materia de derechos fundamentales con la doctrina constitucional sobre la ausencia de validez de las declaraciones policiales si no hallan ratificación a judicial presencia²⁴⁹, aceptada por el TS²⁵⁰, queda convertido en hojarasca seca desde que en una fase previa al interrogatorio policial, y aun sin Letrado, se confiere virtualidad a la eventual manifestación del detenido, y, además, a pesar de que la misma no sea ratificada en el interrogatorio policial ni en el judicial, se tolere su entrada en el procedimiento a través de la declaración testifical del agente que oye la manifestación espontánea. Cabe plantearse entonces qué eficacia y utilidad tienen los derechos a no declarar contra uno mismo y a no confesarse culpable ejercitados en su ámbito natural, el proceso, si una eventual manifestación espontánea no ya en la declaración policial sino con carácter previo y sin asistencia letrada puede

²⁴⁹ Recuérdese, recogida en las SSTC núm. 68/2010 y 53/2013.

²⁵⁰ SSTs núm. 258/2012 y 715/2013, ya citadas.

tener tan fácil entrada en el cuadro probatorio del juicio oral. Dejando al margen la imposibilidad de que el Abogado defensor se cerciore de la comprensión de los expresados derechos por parte del detenido así como de su voluntaria renuncia a los mismos, éstos se habrían vaciado de contenido real indefectiblemente, sea cual fuere la conducta procesal del inculpado en el subsiguiente proceso. Esa manifestación le acompañará como una losa durante todo su peregrinaje judicial a pesar de que se habría producido en una fase preprocesal y en las especiales circunstancias de vulnerabilidad expuestas. Y, desde luego, no existirá garantía de que las manifestaciones fueran tales, ni de que fueran espontáneas y voluntarias.

Es más, resulta frecuente en la práctica que los agentes policiales realicen comentarios genéricos –incluso sugerencias– al detenido acerca de la supuesta conveniencia de colaborar con la investigación mediante técnicas más o menos sutiles como puedan ser informar al detenido de la existencia que en realidad no existen (o no con la intensidad que se le transmite), o de una supuesta delación de otro detenido que en verdad no se ha producido; o incluso que, durante el traslado en el vehículo policial rumbo a la sala de interrogatorios, los agentes conversen entre sí sin dirigirse propiamente al detenido pero provoquen, voluntariamente o involuntariamente, alguna manifestación (¿espontánea?) por su parte.

Con la anterior argumentación no se pretende, ni mucho menos, plantear a modo de dogma inconvencible una presunción de incorrección en la actuación de los investigadores policiales, pero sí llamar la atención acerca del riesgo cierto de que situaciones como las expuestas tengan lugar como, de hecho, ha sucedido en más de una ocasión²⁵¹. No en vano, y fuera del

²⁵¹ Muchas de las situaciones descritas no son nuevas, sino que se remontan a la época de la Inquisición. Vid., EYMERICO, N., *Manual de Inquisidores para uso de las Inquisiciones de España y Portugal*, Mompeller, 1821, Trad. de F. Marchena, editada por Maxtor, Valladolid, 2010, pp. 20 a 26, donde se expresan las “*artes y mañas que usarán los inquisidores para saber la verdad por boca de los hereges*”: “(...) *si presumiere el inquisidor que está resuelto el reo aprehendido á no declarar su delito (...) le hablará con mucha blandura, dándole á entender que ya lo sabe todo, y diciéndole estas ó semejantes razones: Mira, hijo mio, te tengo mucha lastima; han engañado tu candor, y te pierdes miserablemente. Sin duda has errado; pero mas culpa tiene que tú el que te engañó: no te cargues de pecados ajenos, ni quieras hacer de maestro siendo discípulo: confiesame la verdad, pues ves que todo lo se, para conservar tu buena fama, y que te pueda poner yo cuanto antes en libertad (...)*”. “(...) y

específico supuesto que estamos tratando (manifestaciones “espontáneas” relatadas por agentes policiales), constituye lugar común que las declaraciones testificales de los investigadores policiales deben valorarse con suma cautela, en cuanto que surge, de modo inevitable, una sospecha objetiva de parcialidad en las mismas en aquellos casos en los que el policía no ha sido testigo presencial de un hecho por pura casualidad (como mero testigo pasivo), sino que sus declaraciones versan sobre hechos en los que ha intervenido activamente, mediante la realización de actos de investigación (erigiéndose en testigo activo)²⁵², de suerte que, como acertadamente apunta CLIMENT DURÁN²⁵³, cabe apreciar en tales casos la posible concurrencia de un cierto interés policial en que el resultado de la expresada investigación se traduzca en una sentencia condenatoria.

3.9.1.2. *Una mirada hacia los Estados Unidos de América*

Precisamente, en lo relativo a las apuntadas especiales circunstancias de vulnerabilidad de los detenidos por agentes policiales, en EEUU –y salvando mucho las distancias tanto en lo que respecta a las diferencias entre ordenamientos jurídicos pero también en cuanto que lo que se expondrá va referido a los interrogatorios policiales propiamente dichos- en Norteamérica está siendo objeto de crítica la deriva que ha tomado su Tribunal Supremo en los últimos años²⁵⁴, en cuanto que últimamente viene reforzando los poderes de los agentes policiales en los interrogatorios en detrimento de los derechos de los detenidos, tal y como expone WITMER-

cuando negare el acusado cualquiera cosa (quando negat hoc vel illud) hojeará el juez los autos donde estan los interrogatorios anteriores, diciendo: está claro que no declarais verdad; no disimuleis mas. De este modo el reo se cree convicto, y piensa que hay en los autos pruebas contra él (Sic ut ille credat se convictum esse et sic apparere in processu). Tambien puede el inquisidor hojear un legajo cualquiera, y cuando niegue el reo alguna cosa fingir que se pasma, diciendo ¿cómo podeis negar una cosa semejante, siendo tanta verdad?”. “Tambien podrá el inquisidor dar palabra al reo de que le perdonará (...)”.

²⁵² CAMPANER MUÑOZ, J., “El valor de la mal llamada “prueba pericial de inteligencia” en el proceso penal”, *Sepín, Sección Doctrina, SP/DOCT/15896*, diciembre de 2011.

²⁵³ CLIMENT DURÁN, C., *La prueba penal...*, op. cit., p. 159.

²⁵⁴ Vid. *Kansas v. Ventris*, 129 S. Ct. 1841 (2009); *Montejo v. Louisiana*, 129 S. Ct. 2079 (2009); *Florida v. Powell*, 130 S. Ct. 1195 (2010); *Maryland v. Shatzer*, 130 S. Ct. 1213 (2010); *Berghuis v. Thompkins*, 130 S. Ct. 2250 (2010).

RICH²⁵⁵, quien critica que en la actual Corte Suprema norteamericana, presidida desde 2005 por el Magistrado ROBERTS, contrariamente a lo que sucedió durante la presidencia del Magistrado WARREN (bajo cuyo mandato se elaboró la doctrina *Miranda*, que será objeto de nuestra atención más adelante), se haya abandonado la premisa subyacente que imperaba en dicho Tribunal consistente en que el sospechoso que se enfrenta a un interrogatorio policial resulta vulnerable al abuso y a la extralimitación policial, premisa que ha demostrado su solidez y sigue encontrado sustento en décadas de trabajo empírico²⁵⁶. Y es que la Corte ROBERTS ha pasado a presumir que el sospechoso es un agente autónomo capaz de defender sus intereses por sí mismo, sin asistencia letrada, lo que, en opinión –que compartimos– del autor de referencia resulta erróneo²⁵⁷. En efecto, no es en absoluto suficiente, como sostiene la expresada Corte que los agentes policiales respeten las reglas del juego limpio (“fair play”) en el interrogatorio para concluir que, con ello, se protege adecuadamente el derecho del sospechoso a la no autoincriminación y a la asistencia letrada. El problema central de esta doctrina jurisprudencial sobre el juego limpio radica en que se presupone gratuitamente que el interrogado conoce perfectamente sus derechos y es autónomo, independiente y está habilitado para proteger sus intereses²⁵⁸.

Para comprender la génesis de la actual doctrina jurisprudencial sobre las confesiones policiales, cumple remontarse al proceso penal norteamericano del siglo pasado²⁵⁹. Dejando al margen el significado de los

²⁵⁵ WITMER-RICH, J., “Interrogation and the Roberts Court”, 63 *Florida Law Review*, 2011, pp. 1.189 y ss.

²⁵⁶ WITMER-RICH, J., “Interrogation and...”, *op. cit.*, p. 1.194.

²⁵⁷ WITMER-RICH, J., “Interrogation and...”, *op. cit.*, *ibídem*.

²⁵⁸ WITMER-RICH, J., “Interrogation and...”, *op. cit.*, p. 1.237.

²⁵⁹ Se va a seguir en este punto a ISRAEL, J.H., KAMISAR, Y., LAFAYE, W.R. y KING, N.J., *Proceso penal y Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica. Casos destacados del Tribunal Supremo y texto introductorio*, Equipo investigador y traductor coordinado por GÓMEZ COLOMER, J.L., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 503 y ss. (trad. Beltrán Montoliu).

También resultan de interés los trabajos de HELMHOLZ, R.H., GRAY, C.M., LANGBEIN, J.H., MOGLEN, E., SMITH, H.E. y ALSCHULER, A.W., agrupados en *The privilege against*

escurridizos términos confesiones “involuntaria” y “coaccionada” en las décadas 50 y 60, durante siglos la regla de que la confesión era admisible siempre y cuando se hubiese efectuado de forma “voluntaria” venía a ser más o menos la alternativa a la regla de que la confesión era admisible siempre y cuando se hubiese efectuado libre de influencias que la convirtieran en “poco fidedigna” o “probablemente falsa”.

En un principio el fundamento de la exclusión de la confesión del investigado no se fijó en el privilegio a no declarar contra sí mismo en las actuaciones que tuvieran lugar en la comisaría y en otros interrogatorios con privación de libertad (tal evento no tuvo lugar hasta 1.966, con la resolución del denominado caso *Miranda*²⁶⁰, sobre el que se volverá más adelante), sino sobre la falta de credibilidad: la opinión de que las reglas que rigen la admisibilidad de las confesiones eran simplemente un sistema de garantías frente a las confesiones falsas. Ello podría explicar, por ejemplo, la exclusión de la confesión en *Brown v. Mississippi*²⁶¹, el primer caso de infracción del proceso legal debido de la Decimocuarta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América²⁶² en relación con la confesión, un supuesto en el que el ayudante del *sheriff* admitió que a un acusado le habían dado latigazos en comisaría, “*pero no demasiado para ser negro*”. No obstante, a medida que las salvajes prácticas policiales de los primeros casos²⁶³ fueron superadas y se sofisticaron presentándose en forma de presiones más sutiles se hizo más difícil la asunción de que las confesiones resultantes devenían escasamente fidedignas.

self-incrimination. Its origins and development, The University Chicago Press, Chicago & London, 1997.

²⁶⁰ *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436, 86 S.Ct. 1602, 16 L.Ed.2d 694 (1.966).

²⁶¹ 297 U.S. 278 (1936).

²⁶² En cuya sección primera se garantiza, en síntesis, que ningún Estado podrá dictar ni dar efecto a cualquier ley que limite los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos, ni privar a cualquier persona de la vida, la libertad o la propiedad sin el *debido proceso legal*, ni negar a cualquier persona que se encuentre dentro de sus límites jurisdiccionales la protección de las leyes, que deben ser iguales para todos.

²⁶³ El caso *Brown* fue seguido, entre otros, por los casos *Chambers v. Florida*, 309 U.S. 227 (1940) y *Ward v. Texas*, 316 U.S. 547 (1942), en los que la confesiones se arrancaron a los acusados mediante violencia o intimidación.

El caso *Ashcraft v. Tennessee*²⁶⁴ constituye un valioso botón de muestra para ilustrar el cambio de fundamento de la exclusión de las confesiones. En este caso, el acusado había sido sometido a un prolongado interrogatorio “intrínsecamente coactivo”, optando el Tribunal por inadmitir su confesión como prueba, pero apoyándose, en esencia, en la peligrosidad de los métodos policiales de interrogatorio, que podrían constituir fuente de abusos y culminar, en suma, en la ausencia de voluntariedad de la confesión.

En el asunto *Watts v. Indiana*²⁶⁵ el Magistrado FRANKFURTER, redactor de la opinión principal, comentó que *“Al afirmar que el principio del proceso debido prohíbe la actuación policial que viole las nociones básicas de nuestro modelo acusatorio y vicia una condena basada en los frutos de tal actuación, aplicamos el principio del proceso debido en su función histórica de garantizar actuaciones apropiadas antes de que se restrinja la libertad o se quite la vida”*.

Sin embargo, el fundamento cambió y acabó residenciándose en el derecho de defensa, puesto que, como indicó el TS norteamericano en el caso *Miller v. Fenton*²⁶⁶, *“la rúbrica voluntariedad ha estado condenada de forma muy diversa como ‘inútil’, ‘desconcertante’ y ‘jurídicamente ambigua’*”. Por ello, como se ha avanzado, algunos miembros del expresado Tribunal buscaron un enfoque alternativo.

En el caso *Crooker v. California*²⁶⁷ (cuya singularidad estriba en que el recurrente había estudiado Derecho durante un año, cursando la asignatura de Derecho Penal, indicando que conocía a la perfección su derecho a guardar silencio, no obstante lo cual, resultó condenado -a pena de muerte- por la supuesta confesión de un asesinato) una mayoría de cinco a cuatro Magistrados rechazó que el hecho de que se le hubiera denegado al detenido la asistencia de un Abogado y continuado la policía con el interrogatorio constituyera una violación del derecho a un proceso debido y a la asistencia

²⁶⁴ 322 U.S. 143, 64 S.Ct. 921, 88 L.Ed. 1192 (1944).

²⁶⁵ 338 U.S. 49, 69 S.Ct. 1357, 93 L.Ed. 1801 (1949).

²⁶⁶ 474 U.S. 104 (1985).

²⁶⁷ 357 U.S. 433 (1958).

letrada²⁶⁸. Sin embargo, los Magistrados discrepantes sostuvieron una posición que más tarde haría fortuna: *“las exigencias de nuestra civilización, expresadas en el principio del proceso debido exigen que el acusado que pida un abogado defensor debería tenerlo desde el momento que lo solicite después de su detención”*. En efecto, en los casos *Massiah v. United States*²⁶⁹ y *Escobedo v. Illinois*²⁷⁰ el Tribunal rechazó la confesión sin asistencia letrada²⁷¹, en el último caso incluso a pesar de que Escobedo había sido interrogado con anterioridad a que se hubiesen iniciado actuaciones “judiciales” y “adversariales” contra el mismo (lo que nos sitúa tal vez, si bien se mira, en el ámbito de las célebres “manifestaciones espontáneas”) y sin informarle de su derecho absoluto a guardar silencio. Ello determinó²⁷² que muchos miembros de la Judicatura y de la Abogacía comenzaran a preocuparse en la medida en que interpretaron que este enfoque del derecho a la asistencia letrada en relación a la confesión amenazaría incluso la admisibilidad de las declaraciones “voluntarias” y crearía, en realidad, una suerte de nuevo derecho a no confesar salvo que tal acto se realizara conscientemente y con la táctica de la asistencia letrada. Pero, repárese en que, como sostuvo el Magistrado BLACK en su voto discrepante en el caso *In re Groban et alt.*²⁷³: *“Uno se puede imaginar a un fiscal cínico diciendo: ‘Permitid que tengan a los más ilustres abogados, ahora. Ya tienen la soga al cuello. No hay nada que el abogado pueda hacer*

²⁶⁸ Conviene precisar que la Constitución de los EEUU, concretamente su Sexta Enmienda, garantiza la asistencia letrada en toda causa criminal, sin especificación de si también se le garantiza durante el interrogatorio policial. No obstante, en el caso *Powell v. State of Alabama*, 287 U.S. 45, 53 S.Ct. 55, 77 L. Ed. 158 (1932), el Tribunal declaró que el interrogatorio policial es *“probablemente el período más trascendental del procedimiento, es decir, desde el momento de la comparecencia hasta el inicio del juicio, cuando la consulta con el abogado, la rigurosa investigación y preparación son esencialmente importantes, donde los acusados tienen tanto derecho a esa asistencia letrada en ese momento como en el juicio mismo”*.

²⁶⁹ 377 U.S. 201, 84 S.Ct. 1199, 12 L. Ed.2d 246 (1964).

²⁷⁰ 378 U.S. 478, 84 S.Ct. 1758, 12 L. Ed.2d 977 (1964).

²⁷¹ Se da la particularidad de que *Massiah* ni siquiera sabía que estaba siendo interrogado por un agente de la policía, pues un coimputado que colaboró con la policía le tendió una trampa.

²⁷² Como exponen ISRAEL, J.H., KAMISAR, Y., LAFAVE, W. y KING, N.J., *Proceso penal y Constitución...*, op. cit., p. 513.

²⁷³ 352 U.S. 330 (1957), nota a pie de página núm. 19.

por ellos en el juicio”²⁷⁴. Y es que, efectivamente, como sostuvo el indicado Magistrado, el derecho a la asistencia letrada desde el comienzo formal del juicio sería una previsión realmente hueca si la condena hubiera sido ya asegurada mediante un examen previo al expresado momento procesal.

Retomando las enseñanzas contenidas en la resolución del caso *Escobedo*, el Tribunal confesó –valga la redundancia–: *“Hemos aprendido la lección de la Historia, antigua y moderna, de que un sistema de justicia penal que pasa a depender de la “confesión” será, a la larga, menos fiable y más sujeto a abusos que un sistema que dependa de evidencias extrínsecas independientemente aseguradas por medio de una investigación hábil”*.

El culmen de la evolución de la jurisprudencia norteamericana sobre esta materia tendría lugar en la Sentencia del caso *Miranda v. Arizona*²⁷⁵. Previamente, el Magistrado JACKSON, en su voto discrepante a la resolución mayoritaria del caso *Aschcraft*, había manifestado que la detención y el interrogatorio de un sospechoso durante treinta y seis horas era “intrínsecamente coactivo”, pero que también lo era una detención e interrogatorio de una hora, de tal manera que el arresto sería, a su juicio, en sí mismo intrínsecamente coactivo como también lo sería la detención.

En el caso *Miranda* el TS norteamericano consideró, por una mayoría de 5 a 4, que la Constitución, y concretamente la Quinta Enmienda²⁷⁶, prohíbe la utilización de todas las confesiones obtenidas en el “interrogatorio durante la detención” salvo que se utilicen “mecanismos de protección adecuados” para disipar la compulsión intrínseca que existe en tales interrogatorios. Los expresados mecanismos, aunque sin carácter exclusivo ni excluyente, serían las ya conocidas como “advertencias Miranda” (*Miranda warnings*). La mayoría concluyó que la acusación no puede utilizar declaraciones del acusado obtenidas en el interrogatorio policial salvo que

²⁷⁴ “One can imagine a cynical prosecutor saying: ‘Let them have the most illustrious counsel now. They can’t escape the noose. There is nothing that counsel can do for them at the trial’”.

²⁷⁵ 384 U.S. 436, 86 S.Ct. 1602, 16 L. Ed.2d 694 (1966).

²⁷⁶ Que, entre otros aspectos, garantiza el derecho a no declarar contra uno mismo.

demuestre que se dieron todas las garantías procesales para salvaguardar eficazmente el derecho a no declarar contra sí mismo, entendiendo por interrogatorio policial aquel que se inicia por los agentes de la policía después de que se le haya detenido y se le conduzca a dependencias policiales o que se le haya privado de libertad de cualquier modo significativo. Y tales garantías serían las siguientes: antes del comienzo de cualquier interrogatorio se debe advertir a la persona de su derecho a guardar silencio, de modo que todo lo que diga podrá ser utilizado en su contra, y de que tiene derecho a un Abogado²⁷⁷. En EEUU se da la peculiaridad de que el detenido

²⁷⁷ Y no a su mera presencia física, que es como vienen entendiendo de modo ilógico, absurdo y arbitrario en España los funcionarios policiales la previsión del artículo 520.2 c) LECrim. En efecto, en el caso *Miranda* el Tribunal declaró que el Abogado puede aconsejar a su cliente que no hable con la policía hasta que él haya tenido la posibilidad de estudiar el caso (o puede querer estar presente mientras la policía le interroga). El Letrado, al actuar de ese modo, expresa el Tribunal, no hace más que ejercer su profesión de la mejor manera que le han enseñado y ello no implica que sea una amenaza para el cumplimiento de la Ley, sino que, más limitadamente, está actuando de conformidad con lo que en su día se comprometió bajo juramento: proteger los derechos de su cliente. Así, el Tribunal concluyó que en el cumplimiento de esta responsabilidad el Abogado desempeña un papel esencial en la administración de Justicia penal conforme a la Constitución. En palabras – sistemáticamente desoídas en la práctica- del Tribunal Constitucional español en su Sentencia núm. 196/1987, de 11 de diciembre, la intervención del Letrado en el interrogatorio policial del detenido *“responde a la finalidad, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de asegurar, con su presencia personal, que los derechos constitucionales del detenido sean respetados, que no sufra coacción o trato incompatible con su dignidad y libertad de declaración y que tendrá el debido asesoramiento técnico sobre la conducta a observar en los interrogatorios, incluida la de guardar silencio, así como sobre su derecho a comprobar, una vez realizados y concluidos con la presencia activa del Letrado, la fidelidad de lo transcrito en el acta de declaración que se le presenta a la firma”* (la negrita es nuestra).

Precisamente, la reciente Directiva 2013/48/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2013, relativa, entre otras cuestiones, al derecho a la asistencia letrada en los procesos penales, cuya fecha límite de trasposición al derecho interno es el 27 de noviembre de 2016, obliga a los Estados miembros a velar por que el sospechoso tenga derecho a ser asistido por un Letrado sin demora justificada y, en todo caso, antes de ser interrogado por la Policía (apartado a) del art. 3.2), implicando ese derecho a la asistencia letrada una –a día de hoy impensable en España, aunque prevista por la L.O. 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (párrafo 2º del art. 17.2)- entrevista privada entre detenido y Abogado, *“inclusive con anterioridad a que sea interrogado”* por la Policía (apartado a) del art. 3.3). Analiza críticamente la expresada Directiva ARANGÜENA FANEGO, C., “El derecho a la asistencia letrada en la Directiva 2013/48/UE”, *Revista General de Derecho Europeo* núm. 32, enero de 2014, Iustel (RI §414328).

En el ámbito del TEDH, destaca su reciente Sentencia de 19 de diciembre de 2013, caso *Yuriy Volkov c. Ucrania*, que declaró que habían sido violado los derechos a un juicio justo y a la asistencia letrada del demandante (arts. 6.1 y .3 CEDH), el cual -hallándose detenido en dependencias policiales- había confesado la comisión de graves delitos sin la asistencia de Abogado. En efecto, fue decisiva para su condena su confesión inicial en forma de declaración escrita de entrega a la policía (*“statement of surrender to the police”*) en las circunstancias expuestas, que, además, ante las alegaciones de presión psicológica del

puede renunciar a estos derechos, siempre y cuando tal renuncia sea consciente, deliberada y voluntaria. Sin embargo, en el caso objeto de comentario el Tribunal estableció que si en cualquier etapa del proceso de alguna manera el detenido indica que desea consultar a un Abogado antes de hablar, el interrogatorio deberá interrumpirse hasta que se realice la pertinente consulta²⁷⁸. Asimismo, si el sujeto está solo y de alguna manera indica que no desea ser interrogado, la policía no podrá hacerlo.

El Tribunal, con ponencia del Magistrado WARREN, resaltó que la práctica moderna de interrogatorio privado de libertad tiene una orientación más bien psicológica que física. El mismo tiene lugar en un espacio cerrado donde la privacidad se convierte en secreto, lo que determina una laguna de desconocimiento en la medida en que no se sabe de hecho qué sucede en las salas de interrogatorio. Allí, el aura de confianza en la culpabilidad del detenido mina su ánimo de resistir, limitándose éste a confirmar la historia preconcebida que la policía pretende que le describa. Incluso, y ello sigue ocurriendo casi cincuenta años más tarde de la resolución del caso *Miranda*, la policía recurre a ofrecer consejos legales falsos (aconsejarle colaborar como medio para ser puesto en libertad).

La interpretación de lo que debe entenderse por “interrogatorio” en el contexto de *Miranda* fue precisada en el caso *Rhode Island v. Innis*²⁷⁹, donde el Tribunal llegó a la conclusión de que las garantías de *Miranda* entran en juego siempre que una persona que se encuentre privada de libertad sea sometida bien a un interrogatorio expreso o a su “equivalente funcional”, lo que supone que interrogatorio, *lato sensu*, puede ser cualquier palabra o

demandante (no investigadas ni acreditadas, en cualquier caso), hicieron dudar al TEDH acerca de la fiabilidad de la confesión, si bien el caso tiene muchos más matices (el demandante, a pesar de retractarse en su primer interrogatorio en presencia de Letrado de su elección, acabó confesando el mismo día unas horas más tarde –también asistido de Abogado- e incluso colaboró en una reconstrucción detallada de los hechos, retractándose meses después asistido por un nuevo Letrado).

²⁷⁸ Como expresa GRANO, J.D., *Confessions, Truth, and the Law*, Ann Arbor, The University of Michigan Press, 1993, p. 145, los detenidos deben tener el derecho a ser ayudados o aconsejados cuando están siendo interrogados por la Policía, en cuanto que la Sexta Enmienda protege de presiones a los investigados, pero también de la toma de decisiones estratégicamente malas o imprudentes.

²⁷⁹ 446 U.S. 291, 100 S.Ct. 1682, 64 L.Ed.2d 297 (1980).

acción por parte de la policía que ésta debería saber que implicará la obtención de una respuesta incriminatoria del detenido. Ello determina, pues, la validez de las manifestaciones espontáneas.

Por último, debemos llamar la atención acerca de la muestra del distinto fundamento de la regla de exclusión en EEUU que constituye que el TS norteamericano declarara en el caso *United States v. Patane*²⁸⁰ que a diferencia de registros ilegales de conformidad con la Cuarta Enmienda o “verdaderas” violaciones del proceso debido o principio de la prohibición de la autoincriminación, en el caso de una simple falta de información sobre los derechos que asisten al detenido no se trata de prevenir ningún comportamiento en concreto, de tal manera que no hay ninguna razón para aplicar la doctrina de los frutos del árbol envenenado utilizada en los casos relativos a la Cuarta Enmienda.

No en vano, como ya se ha visto, la doctrina *Miranda*, que constituyó el culmen del garantismo judicial, ha sufrido una involución en los últimos años. En efecto, el privilegio de no declarar contra sí mismo se limitó claramente en el caso *Berghuis v. Thompkins*²⁸¹, donde la Corte Suprema consideró que se debe entender que el imputado que ha recibido y comprendido las “advertencias Miranda” pero no las invoca, renuncia a su derecho a permanecer en silencio si declara voluntariamente en dependencias policiales²⁸².

3.9.2. Declaraciones heteroincriminatorias²⁸³

²⁸⁰ 542 U.S. 630, 124 S.Ct. 2620, 159 L. Ed.2d 667 (2004).

²⁸¹ 130 S.Ct. 2250, 2264 (2010).

²⁸² Esta revisión ha sido criticada, por ejemplo, por MILLS, B., “Is silence still golden? The implications of *Berghuis v. Thompkins* on the right to remain silent”, *Loyola of Los Angeles Law Review*, 2011, vol. 44, pp. 1.179 a 1.195

²⁸³ En general, sobre declaraciones de coimputados, véase DÍAZ PITA, M.P., *El coimputado*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000; LOZANO EIROA, M., *La declaración de los coimputados en el proceso penal*, Thomson Reuters, Civitas, Navarra, 1ª edición, 2013; MIRANDA ESTRAMPES, M., “La declaración del coimputado como prueba de cargo suficiente: análisis desde la perspectiva de la doctrina del TC (Radiografía de un giro constitucional involucionista)”, *Revista Xurídica Galega*, núm. 58, 2009, p. 18; SÁNCHEZ YLLERA, I., “Dudas razonables: la declaración de los coimputados”, *Revista Xurídica Galega*, núm. 50, 2006, p. 31; CAMPANER MUÑOZ, J., “La cultura del mínimo esfuerzo probatorio: reflexiones

No se van a analizar en este trabajo las condiciones de utilizabilidad probatoria de la declaración del coimputado (a saber, la necesidad de que la Defensa haya tenido la posibilidad de interrogarlo²⁸⁴ para colmar debidamente las exigencias del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías²⁸⁵), ni la ya indicada ausencia de validez probatoria de las declaraciones policiales, así como tampoco, o al menos no de modo estricto, las condiciones de suficiencia de dicho medio probatorio para destruir la presunción de inocencia (la exigencia de una corroboración objetiva).

Más limitadamente, se va a analizar si la declaración heteroincriminatoria de un coimputado²⁸⁶ precedida de la obtención inconstitucional de pruebas sería suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia de otro, partiendo de la base de la declaración de nulidad de todo el material probatorio obtenido con violación de derechos fundamentales. Es decir, qué relevancia tiene la confesión del coimputado (o coacusado, en función de la fase procesal en la que nos situemos) en un escenario de orfandad o insuficiencia probatoria derivada de la aplicación de la regla de exclusión.

En nuestra opinión, la respuesta debe discurrir en la misma línea que la ofrecida en los casos de declaraciones autoincriminatorias, con el añadido

sobre la heteroincriminatoria y las garantías constitucionales del proceso penal”, en VV.AA., *Derecho Procesal Garantista y Constitucional: Proceso, Garantía y Libertad*, Corporación Universitaria Remington, Medellín, 2014, pp. 193 a 212.

²⁸⁴ *Vid.*, por ejemplo, la STC 198/2006, de 3 de julio. Esta resolución representa la línea doctrinal del TC, que, por cierto, en absoluto se adecua al estándar marcado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Ciertamente, en esta materia la jurisprudencia ha degenerado hasta extremos claramente inconstitucionales, llegándose a producir resoluciones insólitas, como en el caso decidido recientemente por el ATS núm. 1.895/2013, de 3 de octubre, en el que el Alto Tribunal aprobó la incriminación de un coacusado a otro en su turno de *derecho a la última palabra*, cuando no cabía ya contradicción alguna y había finalizado la práctica de la prueba, se habían formulado conclusiones definitivas las partes habían expuesto sus informes, sugiriendo que, “*en cualquier caso, el artículo 746.6º de la Lecrim establece como causa de suspensión del juicio los supuestos en los que “revelaciones o retractaciones inesperadas produzcan alteraciones sustanciales en los juicios, haciendo necesario nuevos elementos de prueba, o alguna sumaria instrucción suplementaria”*”, deslizando que la defensa del recurrente (incriminado por un coacusado con ocasión de su última palabra) debió haber solicitado la suspensión del juicio al amparo del precepto transcrito.

²⁸⁵ Concretamente, la garantía de contradicción.

²⁸⁶ Que, huelga tal vez decirlo, tiene un significado distinto al de la confesión estrictamente autoincriminatoria en cuanto que las manifestaciones del coimputado (no necesariamente autoincriminatorias) se proyectan hacia terceras personas.

de que la declaración del coimputado debe ser considerada como intrínseca u ontológicamente sospechosa (SSTC núm. 2/2002, de 14 de enero y 57/2002, de 11 de marzo), de tal manera que si, como hemos visto, la existencia misma del delito (el cuerpo) no puede ser probada exclusivamente por la confesión, con mayor razón aún no podrá ser probada exclusivamente por la declaración de un coimputado²⁸⁷. No cabe decir lo mismo, como ya se ha visto, de la prueba de la autoría cuando está acreditada la existencia de un delito y se desconocen todos o algunos de los autores.

No obstante, no dudamos en calificar de errónea y desoladora la solución ofrecida por la jurisprudencia sobre la materia. Veámoslo. Aunque no constituya el objeto del presente trabajo el análisis de las condiciones de suficiencia de la declaración del coimputado para destruir la presunción de inocencia de otro, debe señalarse aquí y ahora que es un lugar común en la doctrina y en la jurisprudencia exigir a tal efecto una corroboración objetiva a la declaración del coimputado. A nuestro juicio el estándar de corroboración debería ser el que MIRANDA ESTRAMPES²⁸⁸ ha denominado de "verificación extrínseca reforzada", esto es, el exigido por la STC núm. 55/2005 y que supone la exigencia de una mínima corroboración acredite y confirme la *participación* del coimputado en los hechos objeto de acusación, y no sólo cualquier aspecto, incluso accesorio, del contenido de las manifestaciones del coimputado ("verificación periférica mínima y externa"). Lamentablemente, como el expresado autor denuncia con brillantez, el TC, a partir de las SSTC núm. 56 y 57/2009, ha dado un giro involucionista en el que, *de facto*, acoge el estándar de "verificación periférica mínima y externa", a pesar de que, paradójicamente, hace alusión -a todas luces errónea- a la STC 55/2005.

²⁸⁷ Aunque sean varios los coimputados que confiesen, en cuanto que la mera acumulación de declaraciones de coimputados frente a un tercero no constituye corroboración objetiva alguna (*vid.* SSTC núm. 72/2001; 65/2003; 152/2004; 198/2006; 10/2007; 91/2008). Aun respetando esta doctrina constitucional, la STS núm. 166/2014, de 28 de febrero, declaró que las declaraciones de dos coimputados "*no pueden actuar como elemento corroborador la una de la otra (según criterio del TC), pero su fiabilidad queda robustecida entre sí*" (la negrita es nuestra).

²⁸⁸ MIRANDA ESTRAMPES, M., "La declaración del coimputado...", *op. cit.*

Que la doctrina jurisprudencial emanada más recientemente del TS en materia de declaraciones heteroincriminatorias precedidas de la obtención inconstitucional de fuentes de prueba, aun tras la aplicación de la regla de exclusión probatoria, resulta errónea y se aparta de los parámetros con los que viene operando la jurisprudencia de la misma Sala en materia de declaraciones de coimputados²⁸⁹ se verá con varios ejemplos recientes:

La STS núm. 605/2010, de 24 de junio resolvió un supuesto en el que, tras apartar el Alto Tribunal del acervo probatorio el material incriminatorio obtenido merced a unas intervenciones telefónicas irregulares por su anómala incorporación al proceso, incluyendo el resultado de una serie de diligencias de entrada y registro, el TS absolvió a tres de los cuatro recurrentes, mas consideró que la declaración prestada por una de estas tres primeras recurrentes ante el Juzgado de Instrucción, posteriormente ratificada en el juicio oral, afirmando el desconocimiento de la existencia de la sustancia tóxica incautada en la entrada y registro, incriminando al cuarto recurrente como la persona que debió colocar la expresada sustancia bajo su cama tras haberle pedido las llaves de su domicilio, puede ser valorada en sus términos incriminatorios contra ese cuarto recurrente. Y, efectivamente, el TS consideró que la prueba personal consistente en la declaración de esa recurrente *“es una prueba, en principio, desconectada de la que hemos apartado del acervo probatorio”*. Las preguntas surgen inevitablemente: ¿acaso no había eliminado el propio TS del mundo jurídico el cuerpo del delito (sustancia tóxica)?, ¿cuál es la corroboración objetiva de la declaración de la coimputada?

²⁸⁹ Vid., por todas, las SSTS núm. 670/2013, de 19 de julio; 696/2013, de 26 de septiembre; y 795/2013, de 7 de octubre. Esta última resulta sumamente didáctica cuando declara que *“La constatación de que estamos ante una prueba peculiar que engendra inicialmente una cierta desconfianza constituye el sustrato de esa singularidad. Respecto de ella no bastan las normas generales del resto de pruebas: que sea lícitas, que se practiquen bajo el principio de contradicción, que estén racionalmente valoradas y motivadas... Hace falta algo más: unas condiciones externas, verificables desde fuera, más allá de que el proceso racional por el que un Tribunal acabe dándoles credibilidad esté fuertemente asentado y sea convincente. Si pese a ello faltan esas garantías externas y, en lo que aquí interesa, fundamentalmente la corroboración, habrá de declararse contraria a la presunción de inocencia la condena fundada en ese elemento de convicción. No basta la racionalidad y consistencia de la motivación. Hace falta algo más. Ese plus viene constituido por unos criterios de valoración interna (test de fiabilidad); y por la necesidad de un complemento (corroboración externa)”*.

Por su parte, la STS núm. 768/2010, de 15 de septiembre (Pon.: RAMOS GANCEDO²⁹⁰), tras llegar a la conclusión de que las intervenciones telefónicas se acordaron con infracción de la exigencia constitucional de la debida motivación que justificara y fundamentara el sacrificio del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, que, por ello, *“resultó gravemente violentado”*, excluyó del cuadro probatorio el contenido de las conversaciones telefónicas intervenidas y grabadas, así como el hallazgo de la droga en los registros domiciliarios practicados. Pero, tras reconocer que estas pruebas *“carecen de validez y aptitud para ser valoradas al vulnerar directa e indirectamente la legalidad constitucional”*, estimó que existía una prueba de cargo autónoma e independiente de aquéllas: la confesión de uno de los acusados en el plenario indicando que las sustancias estupefacientes encontradas en su domicilio le habían sido entregadas por otro coimputado para su guardia y custodia, pero que eran propiedad de éste. A juicio de la mayoría de los Magistrados, al haberse producido la confesión *“con todas las garantías de inmediación, oralidad y contradicción, en el acto del juicio oral y previa información por el Presidente del Tribunal de su derecho a guardar silencio y a no declarar contra sí mismo, estando asistido y asesorado por Letrado defensor”*, ello habría supuesto *“un auténtico saneamiento de la prueba de confesión”*, que, por tanto, se habría desconectado jurídicamente de la prueba nula y adquirido plena validez para ser valorada como fundamento de convicción. Así pues, las declaraciones de este acusado en el acto del juicio oral constituirían prueba de cargo contra sí mismo pero también contra el coimputado²⁹¹, porque –dice la Sentencia– *“la incriminación de éste se encuentra corroborada por otros elementos periféricos de singular relevancia”*.

Más allá de que, se insiste, sin cuerpo del delito no es viable la destrucción de la presunción de inocencia, pues desconexión y resurrección no son sinónimos ni pueden equipararse, en el caso objeto de comentario no sólo parecen resucitarse, como por arte de magia, las sustancias

²⁹⁰ Quien, como se verá, emitió, asimismo, un extenso y consistente Voto Particular relativo, precisamente, a la validez probatoria de la confesión efectuada en el juicio oral por el coimputado en sentido auto y heteroincriminatorio.

²⁹¹ Es ésta también la tesis del TC, expresada en su Sentencia núm. 8/2000, de 17 de enero.

estupefacientes intervenidas, sino que, asimismo, y en lo que está siendo ahora objeto de examen (la capacidad de la declaración de un coimputado para ser considerada elemento de cargo suficiente con el que enervar la interina inculpabilidad de otro sujeto pasivo del proceso penal), se constata que esos anunciados elementos periféricos que supuestamente adornarían la declaración del coacusado inculicante en perjuicio del otro coacusado brillan por su ausencia. En efecto, el Tribunal consideró *“datos periféricos que coadyuvan a la credibilidad del coacusado”* (nótese lo desacertado de la reflexión, pues la credibilidad constituye un *prius* lógico para poder proceder al examen de la existencia de corroboración objetiva, sin que pueda sustituirla en modo alguno) algunos pasajes de la declaración del coacusado inculicante, entre ellos el *reconocimiento* de que utilizaba varios teléfonos móviles, sin que diera *“justificación coherente”* sobre los mismos, lo que unido al resultado del análisis de la agenda personal intervenida (en una entrada y registro declarada radicalmente nula) revelaría las distintas transacciones delictivas que realizaba con expresiones numéricas y en clave. Luego, no existió corroboración objetiva (lícitamente obtenida) de la declaración auto y heteroinculicadora en cuestión.

No en vano, como se ha avanzado, el propio Magistrado Ponente emitió un concienzudo Voto Particular postulando, con sólidos argumentos (que, en buena medida, se contenían en el ya analizado Voto Particular que formuló el Magistrado ANDRÉS IBÁÑEZ a la STS núm. 370/2008, de 19 junio), la ausencia de validez probatoria de la confesión efectuada en el juicio oral por el coimputado de constante referencia, tanto en lo que respecta al reconocimiento de la posesión para su guarda y custodia de la sustancia estupefaciente hallada en su domicilio como en lo relativo a la atribución de la propiedad de la misma al otro coimputado, sin descender a distinguir entre declaraciones auto y heteroinculicadoras, al considerar, más limitada y simplemente, que, a la vista de la claridad y rotundidad del texto del art. 11.1 LOPJ y de la naturaleza indubitadamente causalística del precepto, deviene clara y nítida *“la concatenación entre observaciones telefónicas – registro domiciliario con el hallazgo de la droga – declaraciones del poseedor”*.

Este patrón se repitió, más recientemente, en la STS núm. 912/2013, de 4 de diciembre. La mayoría del Tribunal confirmó la resolución de instancia, formulando el Magistrado ANDRÉS IBÁÑEZ un Voto Particular en el que discrepa acerca de la posibilidad de que la declarada ilegitimidad de las intervenciones telefónicas no se transmitiera a las manifestaciones de contenido incriminatorio de un coacusado en la vista oral.

En contra, y como exponente de la doctrina minoritaria, considerando que los efectos probatorios de la confesión del acusado en el juicio oral consciente y voluntariamente estando debidamente informado de la –al menos- posible ilicitud de la prueba no podrán extenderse al resto de coimputados que no haya confesado su participación en los hechos imputados, véase la STS núm. 403/2005, de 23 de marzo.

En la práctica, y fundamentalmente en procesos seguidos por delitos contra la salud pública, se dan situaciones muy problemáticas a propósito de la declaración de coimputados precedida de obtención inconstitucional de pruebas, que se agudizarán, o, cuando menos, seguirán produciéndose si se aprueba el texto del artículo 13.3 BBACPP, de suerte que la desconexión²⁹² entre una prueba inconstitucionalmente obtenida y la confesión²⁹³, deja en manos del acusado que ha padecido la violación de alguno de sus derechos fundamentales materiales la decisión de -digámoslo así- convalidar o no dicha ilegítima injerencia, pudiéndose así, pues, subsanar de algún modo las violaciones previas y destruir la presunción de inocencia de los acusados (tanto del incriminante como del incriminado).

Esta situación tan sólo puede dar lugar a un auténtico -*sit venia verbo*- mercadeo de derechos fundamentales con carácter previo al juicio oral²⁹⁴, e incluso en los minutos previos a su comienzo, sobre todo cuando los

²⁹² Causal según el artículo 13.3 BBACPP y jurídica según la jurisprudencia (por todas, STS 370/2008, de 19 de junio).

²⁹³ Producida en las condiciones exigidas en el proyectado precepto o, actualmente, en la doctrina jurisprudencial del TS, que, recuérdese, es más estricta y, por ende, garantista que la del TC.

²⁹⁴ De ahí que, entre otros motivos que se verán en el Capítulo V de este trabajo, sostengamos la necesidad de que la prueba inconstitucionalmente obtenida sea excluida del proceso inmediatamente, en fase de instrucción.

acusados se hallan en prisión preventiva²⁹⁵. El planteamiento es simple. Veámoslo con un caso real: el Ministerio Público, consciente de la eventual existencia de prueba inconstitucionalmente obtenida, y ante el temor (natural, por otra parte) de que los acusados pudieran resultar absueltos, merced a la nulidad que pudiera decretarse y el alcance que pudiera desplegar en aplicación de la regla de exclusión, decide *in extremis* tratar de desinfectar sus pruebas recurriendo a una suerte de cordón sanitario. Y, a tal efecto, ofrece a uno de los acusados, normalmente aquél que fue objeto de la primigenia violación de derechos fundamentales materiales y/o al que le ha sido incautado el cuerpo del delito²⁹⁶, a través de su Letrado, una sensible rebaja en la pena²⁹⁷ a cambio de su confesión auto y heteroincriminatoria, para, de este modo, obtener una prueba desconectada (la confesión) que evite el desmoronamiento de su edificio acusatorio y asegure la condena de los acusados. Por si lo anterior fuera poco, el Ministerio Público, con el proceder descrito, se asegura que, en congruencia con el acuerdo alcanzado, el Letrado del titular del derecho fundamental sustantivo primigeniamente vulnerado no instará la aplicación de la regla de exclusión, lo que debe llevarnos a preguntarnos, de un lado, si, en el caso de que se trate del acusado que portaba consigo el cuerpo del delito, su confesión haría "revivir" ese cuerpo (algo que ha sido negado de plano *supra*²⁹⁸); y, de otro, si, en el

²⁹⁵ Mercadeo que quien suscribe ha presenciado en más de una ocasión y que no se limita a la clásica negociación de una rebaja de pena, sino que, como se verá a continuación, se trata de una situación mucho más rica en matices y que va en varias direcciones, pues tiene lugar entre, de un lado, Ministerio Fiscal y Abogados defensores y, de otro, acusados entre sí.

²⁹⁶ Normalmente, el último eslabón de la cadena, el más débil. En supuestos de delitos contra la salud pública, el "correo" o la "mula", es decir, el que portaba consigo la sustancia estupefaciente al tiempo de su detención; acusado que será el que menos entienda el significado y alcanza del efecto reflejo de la prueba ilícita y conciba como una escena poco menos que de ciencia ficción resultar absuelto a pesar de haber resultado detenido portando el objeto material sobre el que recae el tipo delictivo.

²⁹⁷ Que se verá reducida hasta tal punto que se presente como apetecible para el acusado, lo que sucede con mayor facilidad cuando éste se encuentra en prisión preventiva, en la medida en que, más allá de la rebaja, existen alicientes adicionales: de un lado, por fin tendrá certeza sobre cuál es su horizonte punitivo (sin necesidad de aguardar al dictado de la sentencia y a la resolución del eventual recurso) y, de otro, en muchas ocasiones la pena ofrecida supondrá su inmediata, o casi inmediata, puesta en libertad, o cuando menos, el rápido disfrute de beneficios penitenciarios dado su paso a la condición de penado.

²⁹⁸ Lo que justifica que no se vaya a disertar en este trabajo acerca de si, partiendo de la hipótesis de la resurrección de un material obtenido con vulneración de derechos

caso de que sea el acusado incriminante el que haya padecido directamente la violación del derecho fundamental material de modo originario, el resto de acusados (que habrían salido a la palestra en la investigación merced al resultado de la diligencia inconstitucional, puesto que, en origen, ésta habría afectado tan sólo al acusado incriminante, mas, en un momento ulterior, también a los finalmente incriminados al fundamentarse las restricciones de su derechos fundamentales -legal y constitucionalmente adecuadas *per se*- en los datos inconstitucionalmente obtenidos, esto es, gracias a una prueba viciada en origen), a través de sus respectivos Letrados, se hallarían o no legitimados para plantear y, en su caso, obtener la expulsión de las pruebas inconstitucionalmente obtenidas. Y ello por cuanto, *prima facie*, pudiera pensarse que cada Defensa se hallaría legitimada para abordar el cuestionamiento de las pruebas obtenidas con vulneración de los derechos fundamentales de sus respectivos patrocinados, obteniendo, en su caso, una declaración de nulidad con efectos *ex nunc*, no siendo, pues, viable la producción de efectos *ex tunc* cuando, como en el supuesto planteado, las violaciones de derechos fundamentales derivan de otras precedentes que constituyen el punto de partida, sin que el titular de la primigenia violación plantee su existencia ni, por ende, interese consecuencia procesal alguna²⁹⁹.

Cobra aquí relevancia, por tanto, la cuestión de la titularidad de los derechos fundamentales, tema que ha sido abordado con mayor profundidad en Norteamérica, donde, como indica FIDALGO GALLARDO³⁰⁰, al considerarse los derechos reconocidos por la *Bill of Rights* estrictamente personales, únicamente la víctima de la violación de los derechos constitucionales por la policía tiene legitimación procesal (*standing*) para

fundamentales, nos hallaríamos ante una corroboración objetiva de sus manifestaciones hábil para desvirtuar la presunción de inocencia del incriminado.

²⁹⁹ Lo que daría lugar, y de hecho da, a esa segunda vertiente del denunciado mercadeo de derechos fundamentales: la que tiene lugar entre los acusados entre sí. En más de una ocasión, los acusados que van a ser incriminados, temerosos no tanto de la incriminación en sí, como de la posible ruptura de la conexión entre la prueba inconstitucionalmente obtenida y la confesión, así como del "cambio de bando" del incriminante (con el eventual peligro de que el único supuestamente legitimado no plantee o, cuando menos, apoye las solicitudes de exclusión probatorio por vulneración de derechos fundamentales), acaban comprando con dinero el silencio y la estrategia procesal del candidato a incriminante.

³⁰⁰ FIDALGO GALLARDO, C., *Las "pruebas ilegales"...*, *op. cit.*, pp. 395 y ss. *Vid.*, asimismo, GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., "Nuevas tendencias en materia de prueba ilícita...", *op. cit.*, pp. 28 y 29.

plantear la denominada moción de supresión (*motion to suppress*)³⁰¹ en aras a la exclusión de los materiales irregularmente obtenidos "en el proceso penal instruido en su contra y en cuanto le incriminen a ella misma"³⁰², lo que, con razón, ha determinado que algún autor³⁰³ haya denunciado la contradicción existente entre la pretensión de imponer la regla de exclusión y la vigencia de una limitación como la del *standing*.

En España, no obstante, debido al fundamento constitucional de la regla de exclusión, el dato de la titularidad del derecho fundamental afectado es intrascendente, de suerte que, en el fondo, siempre quedaría afectado, como mínimo, el derecho a un proceso con todas las garantías por la admisión y, en su caso, valoración, de una prueba ilícita, de tal manera que no resultaría admisible la *standing rule* norteamericana³⁰⁴. De ahí que, a nuestro juicio, no resulte satisfactoria la tesis de ASENSIO MELLADO³⁰⁵, quien, recuérdese, en síntesis, sostiene que el fundamento constitucional de la regla de exclusión se residencia exclusivamente en los derechos materiales, esto es, en el propio derecho vulnerado por la diligencia, con un régimen propio, no identificado con ninguno de los derechos consagrados en el artículo 24 CE. En tal caso, podría regir en el proceso penal español una suerte de *standing rule*, con los perniciosos efectos que ello acarrearía. Y es que, rescatando aquí el supuesto planteado en los párrafos precedentes, se perfeccionaría ese denunciado negocio entre el Ministerio Fiscal y la Defensa del coimputado incriminante, bloqueándose la posibilidad de que el resto de acusados, a través de sus Defensas, obtuvieran la declaración de violación

³⁰¹ Definida por LAFAYE, W.R., "Search and Seizure. A treatise on the Fourth Amendment", 3ª ed., 1996, p. 32 (cit. por GÓMEZ-JARA DÍEZ en "Nuevas tendencias...", *op. cit.*), como "el instrumento procesal por el que la cuestión de si determinados materiales probatorios deberían ser excluidos en razón de su obtención con violación de derechos constitucionales que se plantea ordinariamente en un caso penal".

³⁰² Así pues, en palabras de la Corte Suprema de los EEUU, los derechos constitucionales no pueden ser reivindicados de forma vicarial ("*vicariously asserted*"). Vid. *Alderman v. United States*, 394 U.S. 165 (1969).

³⁰³ Vid. KAPLAN, J. "The Limits of the Exclusionary Rule", *Stanford Law Review* vol. 26, núm. 5, mayo de 1974, p. 1.030 (disponible en <http://www.jstor.org/stable/1227690>).

³⁰⁴ MIRANDA ESTRAMPES, M., "La regla de exclusión de la prueba ilícita y sus excepciones (Análisis comparado de diferentes modelos explicativos)", pendiente de publicación, facilitado por el autor.

³⁰⁵ Vid., *ad exemplum*, "La exclusión de la prueba ilícita en la fase de instrucción...", *op. cit.*

de derechos fundamentales y, en su consecuencia, la aplicación de la regla de exclusión probatoria.

Lo cierto es que el TC permite al interesado instar la aplicación de la regla de exclusión *"aunque el derecho fundamental menoscabado sea el de un tercero, siempre que esa lesión suponga también una singular restricción o vulneración sin más de los suyos"* (STC 239/1999, de 20 de diciembre), pudiendo ser éstos, únicamente, el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías (el proceso debido exige la inadmisibilidad e inutilizabilidad de pruebas inconstitucionalmente obtenidas) y, en su caso, el derecho fundamental a la presunción de inocencia.

Más aún: debe tenerse muy presente que nada impide, antes al contrario, lo imponen los artículos 124 CE y 3.3 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal³⁰⁶ (en lo sucesivo, EOMF), que sea el Ministerio Público quien aduzca la vulneración de un derecho fundamental, en cuanto que el primero establece su deber de promover la acción de la Justicia en defensa de la legalidad y de los derechos de los ciudadanos, y el segundo la obligación de velar por el respeto de los derechos fundamentales y libertades públicas con cuantas acciones exija su defensa. MARCHENA GÓMEZ³⁰⁷ refuerza esta conclusión, que se extrae del derecho positivo, acudiendo a dos principios: el de saneamiento y el de adquisición procesal³⁰⁸.

Por último, no puede obviarse que, aun en el caso de que ninguna de las partes procesales planteara la vulneración de derechos fundamentales en la obtención de pruebas y, corolario de lo anterior, la nulidad de las mismas, no sería aceptable considerar que habría existido una suerte de convalidación implícita, en cuanto que, como señala PICÓ I JUNOY³⁰⁹ (y a pesar de que obvia el rol del Fiscal en el proceso penal, centrándose en la

³⁰⁶ Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

³⁰⁷ MARCHENA GÓMEZ, M., "El juicio oral. Cuestiones previas", en VV.AA., *El juicio oral en el proceso penal (especial referencia al procedimiento abreviado)*, Colección de Estudios de Derecho Procesal Penal núm. 26, Comares, Granada, 2010, pp. 106 a 108.

³⁰⁸ Sobre este último, *vid.* PICÓ I JUNOY, J., "El principio de adquisición procesal...", *op. cit.*

³⁰⁹ PICÓ I JUNOY, J., "Nuevas perspectivas...", *op. cit.*, p. 1.872.

eventual pasividad del litigante que, perjudicado por la prueba ilícita, no denuncia su existencia), el carácter absoluto de la prohibición contenida en el artículo 11.1 LOPJ comporta la plena eficacia de la misma. Es más, como destaca CAPELLETTI³¹⁰, las normas que disponen la inadmisibilidad, o fijan los límites objetivos y subjetivos de la admisión de pruebas, son normas de orden público, de *ius cogens*, por lo que la disponibilidad de las mismas por parte de los litigantes no despliega ninguna virtualidad, siendo su vulneración apreciable *ex officio* por el órgano jurisdiccional³¹¹.

Cuestión distinta es que la voluntad impugnativa del recurrente afectado por la obtención, admisión y, en su caso, práctica y valoración de la prueba ilícita debe ser respetada por el Tribunal *ad quem* sin desbordar los diques de sus pedimentos, siempre –claro está– que éstos se ajusten a la legalidad y resulten asumibles. Por el contrario, optar por una solución que nadie reclama ni, por tanto, se ha tenido ocasión de discutir, menoscabaría el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión consagrado en el artículo 24.1 CE. En este sentido, la STS núm. 299/2013, de 27 de febrero, enseña que en materia de nulidad de actos de prueba, antes de llegar al remedio de

³¹⁰ CAPELLETTI, M., “Efficacia di prove illegittimamente ammesse e comportamento della parte”, *Scritti in onore di A.C. Jemolo*, T. II, Ed. Giuffré, Milano, 1963, p. 181 (cit. por PICÓ I JUNOY, J., en “Nuevas perspectivas...”, *op. cit.*, p. 1.872).

³¹¹ En este sentido, PICO I JUNOY, J., “Nuevas perspectivas...”, *op. cit.*, p. 1.872, así como otros muchos citados por este autor, tales como DENTI, V., “Nullità degli atti processuali civili”, *Novissimo Digesto Italiano*, T. XI, Ed. UTET, Torino, 1.965, p. 473 (nota 7); PIETRO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, L., “Pactos privados sobre la prueba”, *Trabajos y orientaciones sobre derecho procesal*, Edersa, Madrid, 1954, pp. 270 y 271; SERRA DOMÍNGUEZ, M., “Ineficacia...”, *op. cit.*, p. 462. En la doctrina española, se ha pronunciado en contra de la apreciación *ex officio* GIMÉNEZ PERICÁS, A. (“Sobre la prueba ilícitamente obtenida”, *EGUZKILORE*, Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología. San Sebastián, núm. 6, 1992, p. 35) aduciendo, esencialmente, que los derechos fundamentales “son derechos individuales, subjetivos, que para su reconocimiento en cada caso, deben ser esgrimidos”, por lo que “si no se alega ante el Tribunal la vulneración específica de un derecho fundamental lesionado por una actuación irregular o tajantemente ilegal a la obtención de la fuente de prueba” la parte supuestamente afectada la habrá aceptado tácitamente al intervenir en el debate contradictorio sobre los datos o resultados aportados; considerando, además, este autor, que su posición viene avalada por el artículo 793.2 LECrim. (actual 786.2), de suerte que el mismo prevé un trámite específico en el que se faculta a la parte para invocar la vulneración de derechos fundamentales. Y, en fin, como señala PICÓ I JUNOY (*ibidem*), también un sector de la doctrina italiana considera que la ausencia de la oportuna protesta comporta la aceptación tácita y, corolario de lo anterior, la sanación de la inicial ilicitud, que se convierte así en un “vicio inocuo” (en estos términos, CORDERO, F., “Nullità, sanatorie, vizi inocui”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1961, p. 699; y RICCI ALBERGOTTI, G., “Le prove illecite nel processo civile”, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile* 1/1987, pp. 41 y 42).

la anulación bien de la sentencia, bien del acto del juicio, hay que explorar otros posibles caminos que supongan una más pronta respuesta judicial, que, de resultar razonablemente factibles, resultarán preferentes y evitarán la siempre dilatoria retracción. Siguiendo los razonamientos de la expresada resolución judicial, en aras a evitar dilaciones indebidas, habrá que explorar y descartar las otras vías posibles para alcanzar una solución:

a) En el caso de que la prueba indebidamente valorada por ser nula o ilícita sea prescindible y pueda *“asegurarse sin temor a equivocaciones”* que, una vez suprimida, la condena no pierde sustento y, no en vano, se hubiese producido igualmente, se impondrá mantener la condena.

b) Si la prueba anulada resulta esencial, de tal manera que el fallo condenatorio al suprimir esa prueba pierde todo o, al menos, su principal apoyo, directamente procederá la absolución.

c) En el supuesto de que el cuadro probatorio sea *“lo suficientemente complejo como para no poder deducirse de forma indubitada qué influjo pudo tener esa prueba anulada, si era o no decisiva para fundamentar la convicción o se limitaba a corroborar lo que ya se consideraba acreditado por otros elementos”*, se impondrá enviar la causa al Juez o Tribunal *a quo* para que dicte nueva sentencia prescindiendo de esa prueba o –continúa la resolución objeto de comentario- para celebrar nuevo juicio si se atisbara pérdida de imparcialidad³¹² o el tipo de proceso en cuestión no consintiera otra alternativa (en alusión al procedimiento regulado en la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado).

³¹² Lo que, en nuestra opinión, como se ha avanzado y se desarrollará más adelante, tendrá lugar siempre en virtud del impacto psicológico de la prueba ilícita en el Juzgador. Cuando menos, se hallará presente en su mente una reminiscencia de la misma.

CAPÍTULO IV

LA CONFESIÓN PRECEDIDA DE PRUEBA ILÍCITA

4.1. LA CONFESIÓN COMO FRUTO DE UN ÁRBOL ENVENENADO

No creemos ocioso dejar claro también en este lugar que los frutos de un árbol envenenado, esto es, las fuentes de prueba susceptibles de ser consideradas reflejas al venir precedidas de la obtención inconstitucional de otras merced a las cuales han aflorado aquéllas, no son únicamente las fuentes probatorias de tipo material o tangible, sino también las de tipo lógico o intelectual, tales como declaraciones, datos o informaciones que posibiliten el seguimiento de líneas de investigación que cristalicen en la obtención de fuentes de prueba materiales.

El ejemplo paradigmático de lo que acaba de exponerse lo constituye, precisamente, la confesión del inculpado como excepción a la doctrina del fruto del árbol envenenado: el núcleo central de este trabajo de investigación.

Como se ha visto, el *leading case* en esta materia nos lo brindó hace más de cincuenta años la Corte Suprema norteamericana en el caso *Wong Sun et Al. v. United States*³¹³. El expresado Tribunal excluyó todas las evidencias y *manifestaciones* de los imputados (durante y después de sus detenciones y registros) al haber sido obtenidas con ocasión de registros domiciliarios (y de un establecimiento dedicado a la lavandería) sin autorización judicial y detenciones ilegales³¹⁴. No obstante, admitió la validez de la declaración policial de uno de los coimputados detenidos (*Wong Sun*³¹⁵), el cual, tras ser puesto en libertad, compareció voluntariamente al cabo de varios días en las dependencias policiales y, previa información de

³¹³ 371 U.S. 471 (1963).

³¹⁴ En palabras de la Corte, “**verbal evidence** which derives so immediately” de la violación “**is no less the ‘fruit’** of oficial illegality than the more common tangible fruits of the unwarranted intrusion” (la negrita es nuestra).

³¹⁵ También conocido como “*Sea Dog*”.

sus derechos, llevó a cabo una declaración inculpativa³¹⁶. La Corte, a pesar de no tener más remedio que reconocer que de no haberse producido las detenciones y registros ilegales, muy probablemente no se habría producido confesión alguna, enfatizó su voluntariedad, así como que la misma tuvo lugar previa ilustración al imputado de las “*Miranda warnings*”, de tal manera que, a juicio del Tribunal, la confesión constituyó un acto independiente sanador. Así, reconociendo el carácter atenuado de la conexión entre la detención inicial y la posterior declaración afirmó que: “*the connection between the arrest and the statement had become so attenuated as to dissipate the taint*”.

Algunos años después de *Wong Sun*, en el caso *Brown v. Illinois*³¹⁷, la confesión de un sospechoso de asesinato ilegalmente detenido pero interrogado en dependencias policiales con todas las exigencias legales, incluida la ilustración de derechos conforme a las exigencias de *Miranda*, determinó, junto con otros elementos de cargo practicados en el juicio oral, la condena del acusado, al considerar el Tribunal de instancia que la instrucción de derechos fue suficiente para olvidar la violación originaria (la detención ilegal). No obstante la Corte Suprema anuló la condena al considerar del todo insuficiente la mera instrucción de derechos para desligar la confesión de esa violación que posibilitó la confesión hallándose todavía detenido. La Corte estimó que, de lo contrario, el efecto de la regla de exclusión se vería “*sustancialmente diluido*” y se “*animaría*” a los agentes policiales a detener ilegalmente en la convicción de que las fuentes de prueba que de ellos derivaran merced a su confesión podrían ser admisibles en juicio mediante el “*sencillo expediente*” de la ilustración de derechos de *Miranda*, lo que, a juicio del Tribunal, determinaría que cualquier incentivo para evitar violaciones de derechos quedaría desentrañado por el mero hecho de convertir a la

³¹⁶ El caso es muy rico en interesantísimos matices que exceden, no obstante, del objeto del presente trabajo de investigación. Permítasenos, en cualquier caso, dejar al menos apuntadas dos peculiares circunstancias que habrían rodeado a la expresada confesión de *Wong Sun*: 1ª) Tal declaración no fue firmada por el imputado, estimando, no obstante, la Corte, que este extremo tan sólo tendría trascendencia en cuanto a su credibilidad o valor, mas no en lo que a su admisibilidad se refiere; 2ª) *Wong Sun* no sabía leer inglés, idioma en el que se redactó la tan traída confesión, haciendo las veces de intérprete el mismo agente de narcóticos que le tomó declaración, William Wong, de origen chino.

³¹⁷ 422 U.S. 590 (1975).

instrucción de derechos en un “*curalotodo*”. Este término, magistralmente seleccionado para la ocasión por parte de la Corte, será, como veremos, un fantasma que planeará sobre la confesión precedida de la obtención inconstitucional de fuentes de prueba y del que resultará muy difícil liberarse.

En cualquier caso, y con el objetivo nada velado de desasirnos del expresado fantasma, debemos insistir aquí en el diferente fundamento de la regla de exclusión en el ordenamiento norteamericano y en el español. Mientras que en este último el fundamento es constitucional, en el primero recae, en palabras de AMBOS³¹⁸, en el necesario “*disciplinamiento*” de los órganos de la persecución penal, o, como hemos venido diciendo, en la disuasión de violaciones por parte de éstos (*deterrence effect*).

4.2. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

4.2.1. Tesis del Tribunal Constitucional

Desde una perspectiva meramente causal, la declaración del imputado que reconoce los hechos averiguados de forma inconstitucional deviene una prueba derivada de aquella directamente obtenida mediante la vulneración de un derecho fundamental. Ciertamente, no resulta ni mucho menos habitual que alguien confiese voluntariamente la comisión de unos hechos delictivos si no tiene constancia de que ha sido descubierto. Y, cuando lo hace tras tener constancia de la obtención de material incriminatorio en su contra, parece difícil afirmar que el impacto psicológico del descubrimiento no ha determinado su reconocimiento de hechos. Ahora bien, el TC considera que la *voluntariedad* de la confesión trunca el nexo jurídico con la infracción inicial.

Esta excepción fue admitida por primera vez en la STC núm. 86/1995, de 6 de junio, momento a partir del cual fue recogida, entre otras, por las SSTC núm. 161/1999, de 27 de septiembre, 239/1999, de 20 de diciembre, y 8/2000, de 17 de enero, dándose ya por supuesta y, por ello, aplicándose sin necesidad de justificación, en las más recientes SSTC núm. 136/2006, de 8

³¹⁸ AMBOS, K., “La teoría del efecto extensivo...”, *op. cit.*, p. 4.

de mayo, 99/2009, de 20 de abril, o 128/2011, de 18 de julio. El TC reconoce que existe relación de causalidad entre la violación de un derecho fundamental y la posterior confesión del imputado, pero sostiene que el respeto de los derechos constitucionales a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, así como el de asistencia letrada, le conducen a concluir la voluntariedad de la declaración autoinculpatoria y a considerar que la admisión de la misma en el proceso no constituye una prueba refleja en sentido jurídico.

4.2.2. Tesis del Tribunal Supremo

La doctrina que ha sido expuesta se halla consolidada en el TC. Incluso, hasta hace unos pocos años, resultó, sin aditamentos, mayoritaria en el TS (véanse, por ejemplo, las SS. de la Sala Segunda núm. 526/1995, de 7 de abril, 1.131/1997, de 23 de septiembre, 184/2003, de 7 de febrero, y 926/2006, de 6 de octubre). No obstante, este último órgano contó en la época estudiada con algunas resoluciones contrarias a la jurisprudencia mayoritaria, entre las que destacan las SSTS de 4 julio de 1997, 1.451/2003, de 26 noviembre, 58/2003 y 403/2005, de 23 de marzo, resoluciones todas ellas que, a no dudar, contribuyeron a que con posterioridad se estableciera en el TS una tesis más garantista que la postulada por el TC, que pervive hoy día³¹⁹. En la primera STS citada se afirma que *“la admisión por los imputados de los hechos descubiertos ilícitamente no constituye propiamente prueba independiente, sino diferente, pero causalmente derivada de la prueba ilícita, y en consecuencia inhábil para desvirtuar la presunción constitucional de inocencia”*.

En efecto, qué duda cabe de que no es posible la separación de una declaración autoinculpatoria de la motivación que conduce a realizar la misma: las informaciones sacadas a la luz por la diligencia inconstitucional,

³¹⁹ Un valioso recorrido jurisprudencial sobre la prueba ilícita, actualizado en 2013, puede consultarse en DEL MORAL GARCÍA, A., “Últimas tendencias en materia de prueba ilícita”, Ponencia presentada en el Encuentro de la Sala Segunda del Tribunal Supremo con Magistrados/as de lo Penal celebrado en el marco del programa de formación continuado para la Carrera Judicial para 2013, Centro de Estudios Jurídicos. Disponible en http://www.cej-mjusticia.es/cej_dode/flash/ebook/cejebook.jsp (última consulta: 4 de febrero de 2014).

determinantes -en la mayor parte de los casos- del derrumbe psicológico del imputado, que quedará rendido ante la evidencia física de los hallazgos, absteniéndose de negar los hechos³²⁰.

En esta línea, y ahondando en la idea que planteamos, cierta jurisprudencia del TS ha restringido la aplicación de la excepción de confesión voluntaria del inculpado a aquellos casos en los cuales la misma no suponga un aprovechamiento ilegítimo de la conculcación de un derecho fundamental. De esta manera, la jurisprudencia ha admitido la ruptura del nexo jurídico y, por tanto, la validez de la declaración autoinculpatoria por considerarse prueba independiente en dos supuestos muy similares:

1º) Cuando la confesión autoinculpatoria se ha producido *con posterioridad* a que el Juez haya declarado la nulidad de la diligencia inconstitucional, sea cual fuere la fase procesal en que suceda. En este caso, la declaración judicial de nulidad rompería el nexo jurídico. En este sentido, resulta muy ilustrativa la STS núm. 369/1999, de 13 marzo. No obstante, no resulta ni mucho menos frecuente que la nulidad se declare con anterioridad a la declaración del imputado o acusado, sino en sentencia, de tal modo que esta ruptura jurídica resulta más bien poco común en la práctica.

2º) Cuando resulte acreditado que la confesión autoinculpatoria se produce por un *imputado consciente de la eventual anulación de la diligencia en cuestión y sus resultados*, por ser inconstitucional. Este supuesto es el que se trata en las SSTS núm. 1.057/2002, de 3 junio, 1.451/2003, de 26 noviembre, así como en la STS núm. 370/2008, de 19 junio. El caso tratado en esta última resulta, amén de un supuesto paradigmático de

³²⁰ En una línea similar, GONZÁLEZ MONTES, J.L., "La prueba ilícita", *op. cit.*, p. 372, considera que la confesión difícilmente se hubiera llegado a producir si mediante la prueba ilícita no hubieran aflorado determinados datos e informaciones. En contra de esta tesis, *vid.* RODRÍGUEZ LAINZ, J.L., *La confesión del imputado derivada de prueba ilícitamente obtenida*, Bosch, Barcelona, 2005, p. 79. El expresado autor critica el Voto Particular del Magistrado ANDRÉS IBÁÑEZ a la STS núm. 1.080/2004, de 6 de octubre, limitándose a tildar de simple y prejuicioso el argumento sobre el que, a su entender, descansaría la decisión del Magistrado discrepante.

descoordinación entre Abogado y cliente³²¹, poco frecuente, mas muy útil para comprender el fundamento de la excepción objeto de comentario: se enjuiciaba, por los trámites del Procedimiento Abreviado, un delito contra la salud pública y, en el trámite de cuestiones previas al inicio del juicio oral, la Defensa de uno de los acusados planteó una vulneración de derechos fundamentales y, corolario de lo anterior, interesó la nulidad del Auto que autorizó la entrada y registro del domicilio de su patrocinado, así como de todos los elementos de prueba derivados directa o indirectamente del registro domiciliario viciado de inconstitucionalidad.

Sin embargo, dicho acusado –no así el resto- no se acogió a su derecho a no declarar en el Plenario, a pesar de que acababa de presenciar cómo su Letrado impugnaba la diligencia de entrada y registro por haberse obtenido con vulneración de derechos fundamentales. No sólo no se acogió a su derecho a no declarar, sino que, contestando a todas y cada una de las preguntas que le formuló el Ministerio Público, reconoció sin ambages la posesión de la droga y de todos y cada uno de los objetos intervenidos en el domicilio en cuestión. Y así lo consignó la Audiencia Provincial en su sentencia condenatoria.

La representación del ya condenado recurrió en casación aduciendo que el Tribunal *a quo* no había resuelto la cuestión previa, a pesar de haberse acordado que, efectivamente, se resolvería la eventual nulidad del Auto de entrada y registro en la Sentencia (vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva) y que dicha resolución judicial vulneraría el derecho fundamental a la inviolabilidad domiciliaria.

El TS, no obstante reconocer que el derecho a la inviolabilidad del domicilio del acusado fue lesionado, desestimó íntegramente el recurso. Y ello por cuanto, dice el Tribunal: *“En este caso, advertido el acusado por el Presidente de la Sala de su derecho a no declarar y a no confesarse culpable, y habiendo visto y oído previamente a su Letrado defensor abogar*

³²¹ Posiblemente provocada por la desconfianza que suele generar en los acusados –y en este caso, además, a última hora- la opción por una defensa puramente técnico-procesal en la que los legos deben limitarse a guardar silencio, dejándolo todo en manos de su Letrado.

por la nulidad radical de la diligencia de registro y del resultado del mismo, reputando esas pruebas como nulas de pleno derecho y no valorables, resulta impensable que no hubiera prevenido al acusado de no contestar pregunta alguna sobre las drogas y otros objetos hallados en su domicilio. Esta circunstancia, junto a la explicación por el Tribunal de los derechos antes mencionados que le correspondían supone un auténtico saneamiento de la prueba de confesión, con exclusión de toda nota de coerción y capciosidad, sino, por el contrario, una declaración voluntaria, libre e informada, que desconecta jurídicamente de la prueba nula, y adquiere plena validez para ser valorada por los jueces a quibus como fundamento de convicción”.

Muy enriquecedor para el debate resulta el Voto Particular que formuló el Magistrado ANDRÉS IBÁÑEZ a la STS objeto de comentario. En su opinión, el recurso de casación debió ser estimado, en primer lugar, con base en una interpretación literal de la regla contenida en el artículo 11.1 LOPJ, que *“descalifica los efectos directos y los indirectos que puedan extraerse de las pruebas ilegítimamente obtenidas. Y lo hace de forma tan radical y de tal claridad expresiva que incluso tendrían que resultar comprendidos los posibles efectos “naturales”³²² de aquéllas, si es que efectivamente los hubiere, ya que “donde la ley no distingue...”*. En segundo lugar, a su juicio, *“el hilo conductor que liga el registro domiciliario y la información (mal) obtenida a través de él con el interrogatorio y la confesión de los inculpados es de naturaleza institucional, formal y (anti)jurídica”*.

Luego, para ANDRÉS IBÁÑEZ, sus compañeros de Sala obraron mal al convertir lo inconstitucionalmente ilegítimo (las pruebas obtenidas en el registro y las derivadas directa e indirectamente del mismo) en legítimo, en lo que califica de ejercicio de *“prestidigitación jurídica”*.

Vale la pena reproducir íntegramente el apartado cuarto del Voto Particular: *“En este contexto de interacción del art. 24 CE y el art.*

³²² Se refiere a efectos “naturales” o “reales”, por pretendida contraposición a los efectos jurídicos. Y decimos pretendida porque entiende quien formuló el Voto Particular que no es posible operar con tan artificiosa distinción.

11,1 LOPJ, su corolario, la idea de que la confesión autoinculpatoria, que es mera aceptación de lo conocido a través de una intervención connotada de radical ilegitimidad constitucional, carecería de relación con ésta, sólo por haberse producido conforme a las exigencias formal-legales de la declaración del imputado en el juicio, es argumentalmente falaz, por varias razones:

1ª. Porque la observancia de esas exigencias de tutela del declarante tienen un efecto actual, es decir, en el acto concreto, pero no retroactúa sobre la naturaleza de los antecedentes o presupuestos, extraprocesales o procesales, de la propia declaración.

2ª. Porque no está al alcance del declarante ni de ningún tribunal -de nadie, por tanto- convertir lo inconstitucionalmente ilegítimo en legítimo en un ejercicio de prestidigitación jurídica.

3ª. Porque -como es el caso- visto el propósito del confesante de eludir la condena defendiéndose en el juicio y luego recurriendo la sentencia, sólo cabe concluir que actuó según lo hizo por pura ignorancia del contexto procesal en el que se producían sus manifestaciones. Lo que, sin duda, sugiere un déficit objetivo de defensa, por falta de prevención frente a una pregunta del Fiscal que, a tenor del marco, fue claramente capciosa (art. 709 LECrim.).

Y, saliendo al paso de una objeción -que no se sostiene, pero- que recurre en algunos discursos, debo afirmar que con este planteamiento no se priva al hipotético culpable arrepentido del derecho a realizar voluntariamente un acto rasgado de catarsis, porque este derecho no existe como tal, y el inculpado no dispone del proceso. Incluso, ante el supuesto improbable de una persona con tal pretensión, diré que, ciertamente, estaría errando de tribunal, al usar a uno de los del estado para ese personalísimo y poco jurídico modo de confesar, en realidad confesarse. Y conviene reparar en que aquí lo legal y constitucionalmente improcedente no es (sólo) la confesión, sino, antes, el interrogatorio mismo, teñido de objetiva ilegitimidad en sus presupuestos, que ya eran inutilizables.

Por lo demás, es también de una llamativa obviedad que no hay el más mínimo apunte de contradicción entre la actitud jurisdiccional consistente

en admitir la eventual utilización como prueba de cargo de lo aportado mediante confesión por el propio acusado en un proceso limpio; y la que se expresa en la decisión de rechazar («ex» art. 11,1 LOPJ) la confesión obtenida a partir de la utilización de datos viciados de ilegitimidad constitucional en su origen. La patente diversidad esencial de las situaciones de partida y la incidencia de ese precepto, hace que la diferencia de tratamiento de los elementos de juicio en uno y otro caso se encuentre plenamente justificada. Mejor: es la constitucional y legalmente debida”.

Finaliza ANDRÉS IBÁÑEZ su elaboradísimo Voto Particular con un aviso a navegantes: mediante una interpretación tan forzada como la efectuada por la resolución de la mayoría *“se otorga un marchamo de regularidad constitucional y legal a actuaciones policiales y judiciales de escasa o ninguna profesionalidad, que objetivamente no lo merecen. Lo que equivale a estimular su reiteración y a difundir por vía jurisprudencial un mensaje demoledor en el plano de la cultura de jueces y policías: que puede valer igual lo mal hecho que lo realizado con rigurosa observancia de las normas dadas en garantía de los derechos fundamentales”.*

Este patrón se repite por parte del expresado Magistrado en las más recientes SSTS núm. 654/2012, de 20 de julio, y 912/2013, de 4 de diciembre, en las que, a pesar de ser el Ponente de la primera de las resoluciones citadas, emitió sendos Votos Particulares muy semejantes al comentado en los párrafos precedentes³²³.

³²³ No obstante, en la más reciente STS núm. 84/2014, de 5 de febrero, este Magistrado fue designado Ponente y no discrepó –al menos, no abiertamente– del *“criterio ampliamente mayoritario”* de la Sala Segunda. Así, por primera –y, hasta la fecha, única– vez, no formuló Voto Particular en un supuesto idéntico a los expuestos con anterioridad. En síntesis, el TS, con estimación de los recursos de casación interpuestos por dos de los múltiples acusados condenados en la instancia por un delito contra la salud pública, casó y anuló la Sentencia, procediendo a absolver a los recurrentes al considerar que todo el acervo probatorio de cargo fue obtenido con vulneración del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones consagrado en el artículo 18.3 CE. El Tribunal de Casación, por imperativo de lo dispuesto en el artículo 903 LECrim., declaró que lo resuelto debía beneficiar a otros acusados que se hallaban en la misma situación que los recurrentes, así como a los acusados y condenados que no habían recurrido. Y ello por cuanto, en su caso, también todos los elementos de juicio de carácter incriminatorio susceptibles de constituir prueba de cargo procederían exclusivamente del resultado de las escuchas acordadas con violación del derecho al secreto de las comunicaciones. Sin embargo, en el caso de dos acusados que *“admitieron en la vista, debidamente asistidos por sus defensas, la veracidad de las*

Parece que en el planteamiento de ANDRÉS IBÁÑEZ subyace de un modo u otro la concepción de los derechos fundamentales de FERRAJOLI³²⁴ como derechos universales, pero, sobre todo, indisponibles³²⁵, inalienables, inviolables, intransigibles, personalísimos.

En la doctrina, ASECIO MELLADO³²⁶ ha criticado, con tino, que incluso aunque se verificaran los requisitos establecidos por el TC (asumidos, como se verá, con matices por el TS) la confesión no puede llegar a ser nunca una prueba renovada, en cuanto que la prueba ilícita constituye una infracción grave del ordenamiento constitucional y por su finalidad adicional disuasoria no es subsanable ni convalidable, de tal manera que nunca puede ser practicada una prueba derivada de aquélla que sirva para remediar la violación previa.

Finalmente, se ha consolidado en el TS una jurisprudencia que pudiera denominarse moderada o intermedia, en el sentido de no identificarse ni con el extremo garantista a ultranza que representa la línea capitaneada por el Magistrado ANDRÉS IBÁÑEZ³²⁷ ni con la tan genérica como artificial tesis sostenida por el TC, sin que para el apartamiento de esta última constituya un óbice que la doctrina constitucional sea vinculante en materia de garantías (artículo 5.1 LOPJ), pues, como señala, entre otras, la STS núm. 1.432/2011, de 16 de diciembre, la doctrina constitucional señala un mínimo cuya vulneración es incompatible con las disposiciones constitucionales, pero *"no es obstáculo para interpretación jurisprudencial ordinaria que resulte más exigente en la intensidad protectora de dichas garantías"*.

acciones" de las que venían siendo acusados, el TS declaró que la prueba de confesión debía operar como autónoma e independiente de la declarada nula, de tal manera que mantuvo la condena de estos dos acusados no recurrentes.

³²⁴ Vid. FERRAJOLI, L., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, edición de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, Trotta, Madrid, 2001, pp. 19 a 26.

³²⁵ Para FERRAJOLI, que los derechos fundamentales son indisponibles significa que *"están sustraídos tanto a las decisiones de la política como del mercado. En virtud de su indisponibilidad activa, no son alienables por el sujeto que es su titular" y, "debido a su indisponibilidad pasiva, no son expropiables o limitables por otros sujetos, comenzando por el Estado"* (*ibídem*, p. 32); *vid.*, asimismo, FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, 6ª edición, 2009 (Trad. de Andrés Ibáñez y Andrea Greppi), p. 23.

³²⁶ ASECIO MELLADO, J.M., "La teoría de la conexión de antijuridicidad como instrumento de limitación de derechos fundamentales", en *Jueces para la Democracia* núm. 66, 2009, p. 91.

³²⁷ Que, a nuestro juicio, es incontestable.

Es buen exponente de esta línea la STS núm. 316/2011, de 6 de abril, que recapitula los pilares básicos establecidos en el expresado bagaje jurisprudencial del TS, matizando la doctrina constitucional de la desconexión de la antijuridicidad en los supuestos de reconocimiento de los hechos por parte del imputado. Así, tras recordar el carácter excepcional de la eficacia de la prueba ilícita merced a la desconexión de antijuridicidad, que la declaración del inculpado debe practicarse voluntariamente ante el Juez previa información de sus derechos constitucionales y, en particular, del derecho a no confesarse culpable y a no declarar contra sí mismo, con posibilidad de guardar silencio o de no contestar a alguna o algunas de las preguntas que se le formulan, así como que el imputado debe de estar debidamente asistido de Letrado³²⁸, el TS introduce como *plus* garantista a la doctrina constitucional las siguientes exigencias:

1ª) Que cuando se preste la declaración en que se admiten los hechos no se halle vigente el secreto de las actuaciones, en cuanto que ello limitaría notablemente el derecho de defensa³²⁹.

2ª) Que no se trate de declaraciones sumariales *temporalmente cercanas* al hecho punible descubierto mediante la diligencia o actuación procesal que luego se declara constitucionalmente ilícita. Luego, se exige *cierto distanciamiento en el tiempo* entre la fecha de la acción delictiva (y, en su caso, la detención) y la admisión por el imputado de la ejecución del hecho

³²⁸ Luego, hasta aquí, el TS se limita a recordar y asumir la tesis del TC sobre los condicionantes de la validez de la confesión.

³²⁹ Como expresa la STS núm. 594/2012, de 5 de julio, en un supuesto en el que las declaraciones autoinculpatorias ante el Juzgado de Instrucción se produjeron mientras la causa estaba declarada secreta y, en su consecuencia, sin posibilidad de conocimiento por los interesados y por sus Defensas de las circunstancias de ilegitimidad en las que se había obtenido información incriminatoria contundente contra aquéllos, su confesión, con la correspondiente renuncia al derecho a no autoinculparse, “*se produjo por los afectados, sin duda, en la creencia de que el resultado de la investigación hacía ya indefendible su inocencia*”.

Más recientemente, la STS núm. 215/2014, de 20 de marzo, rechazó el argumento del Ministerio Público, quien sostenía que el mismo Letrado defensor había asistido en el Juzgado de Guardia a otros inculpados que se hallaban en la misma situación, los cuales, sin embargo, y a diferencia del recurrente, o bien se negaron a declarar o bien no ratificaron sus declaraciones policiales, lo que –a juicio del Ministerio Fiscal- indicaría que “*todos declararon de forma libre o voluntaria*”.

delictivo, como forma de garantizar la real espontaneidad y voluntariedad de la declaración.

En esta línea, bien que restringiendo el momento procesal a la fase de juicio oral, va el texto del apartado 3º del artículo 13 del BBACPP: *"La declaración autoincriminatoria del encausado, prestada en el plenario en términos que permitan afirmar su voluntariedad, se entenderá desconectada causalmente de la prueba declarada nula"*.

4.2.3. Tesis del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Por su parte, la jurisprudencia emanada del TEDH, órgano de garantía que interpreta y aplica el CEDH, cuyo contenido, por mandato constitucional (artículo 10.2), debe determinar la interpretación, con carácter de mínimos, de los derechos fundamentales que recoge, en lo que ha venido a denominarse "doble reenvío" (la CE remite al CEDH y éste a la jurisprudencia del TEDH), ha marcado en esta materia unas exigencias que están por debajo incluso de la jurisprudencia del TC. Mas, como señala SÁNCHEZ YLLERA³³⁰, debe repararse en que, de un lado, la forma de razonamiento del TEDH es poco proclive a la formulación de reglas, habiendo optado por la resolución de casos concretos a través de métodos estables de análisis, y, de otro, que el expresado Tribunal marca, en realidad, un estándar mínimo en la interpretación del contenido de los derechos fundamentales al que las jurisdicciones constitucionales pueden añadir elementos o contenidos nuevos.

El TEDH considera que no puede excluir *"en principio y en abstracto que se admita una prueba conseguida ilegalmente"*, correspondiéndole únicamente averiguar si el proceso, considerado en su conjunto, fue un proceso justo (Sentencia de 12 de julio de 1988, caso *Schenk c. Suiza*,

³³⁰ SÁNCHEZ YLLERA, I., "La prueba ilícita ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos", ponencia presentada en el curso *Las garantías del Proceso Penal en la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, correspondiente al Plan de Formación 2012, Escuela de Verano del Ministerio Fiscal. Pazo de Mariñán (A Coruña), 25 a 28 de septiembre de 2012. Pendiente de publicación, facilitado por su autor.

46)³³¹. Luego, el TEDH nunca se pronuncia sobre si una prueba debió o no admitirse, por lo que, en la concepción del expresado Tribunal, a diferencia de lo que sucede en el modelo español, el debate procesal con pruebas lícitas e ilícitas no constituye en sí mismo una lesión autónoma de las garantías del proceso equitativo reconocido en el artículo 6 CEDH³³².

En materia de confesión precedida de prueba inconstitucionalmente obtenida, la Gran Sala del TEDH de 1 de junio de 2010 (caso *Gäfgen c. Alemania*)³³³, aun admitiendo que la policía alemana violó el derecho reconocido en el artículo 3 CEDH (que prohíbe la tortura y los tratos inhumanos y degradantes), al que su jurisprudencia le confiere carácter absoluto, y, por tanto, superprotege, admite la excepción de confesión, de suerte que el acusado reconoció los hechos en juicio a pesar de haber sido previamente asesorado por su Abogado, lo que, según el parecer del Tribunal, supondría una auténtica ruptura del nexo causal.

4.3. TOMA DE POSTURA

LOZANO EIROA³³⁴ se ha referido a la tesis del TC como la de confesión "*voluntaria*" del inculpado, mientras que ha resumido las exigencias del TS poniendo el acento en el carácter "*informado*" de la confesión que viene exigiendo este último. Y es que debe repararse en que el TS, frente a la tesis genérica del TC (al que le resulta suficiente con que en abstracto, sin descender al caso concreto, se verifique que la confesión se ha producido

³³¹ *Vid.*, asimismo, la STEDH de 11 de julio de 2006, caso *Jalloh c. Alemania*, 94 a 96. Téngase en cuenta que en el caso *Schenk* cuatro miembros del Tribunal disintieron del parecer de la mayoría, considerando que aunque los jueces se apoyaran en "elementos distintos" de la prueba ilícita, aceptaron ésta como medio de prueba y fundaron "en parte" su decisión sobre la misma, por lo que concluyeron que se había violado el derecho a un proceso equitativo garantizado por el art. 6 CEDH.

³³² SÁNCHEZ YLLERA, I., "La prueba ilícita ante...", *op. cit.*; para ARMENTA DEU, T., *La prueba ilícita (Un estudio comparado)*, Marcial Pons, Madrid, 2011, p. 156, la ilicitud probatoria se incardinaría en el art. 6 CEDH (proceso equitativo), pero no directamente, en cuanto que dicho texto no contiene reglas que regulen la admisión y eficacia de las pruebas (algo que, según la jurisprudencia del TEDH, correspondería al derecho interno), sino "*limitación al principio de limitación de prueba contenido en el art. 6.2*", que exige que la culpabilidad haya sido -en palabras del CEDH- "*legalmente declarada*".

³³³ Que revisa y ratifica parcialmente la STEDH (Sección 5ª) de 30 de junio de 2008.

³³⁴ LOZANO EIROA, M., "Prueba prohibida y confesión: la excepción de la <<conexión de antijuridicidad>>", *Revista General de Derecho Procesal* 28 (2012), lustel, pp. 10 y ss.

rodeada de todas las *formalidades* ya indicadas), exige analizar cada caso de modo concreto, siendo sensible, además, a la realidad jurídica y social.

4.3.1. Imposibilidad relativa

Téngase muy presente que la práctica diaria ante el Juzgado de Guardia enseña que en un alto porcentaje de supuestos de puesta a disposición judicial de detenidos (señaladamente, en casos de delitos contra la salud pública³³⁵) las actuaciones se hallan bajo secreto sumarial; que horas atrás el puesto a disposición judicial ha sido detenido (incluso incautándosele el objeto material del delito o evidencias de su autoría, por las que será preguntado, en idéntico sentido que por el contenido de conversaciones intervenidas); así como que, incluso no hallándose vigente el secreto sumarial, ora al Juzgado de Guardia tan sólo se remite el atestado policial correspondiente a la denominada "fase de explotación" por dirigir la investigación otro Juzgado de Instrucción (de tal manera que no podrá el Letrado defensor formar criterio acerca de la constitucionalidad en la obtención de indicios con anterioridad a aconsejar al detenido si acogerse o no a su derecho a no declarar), ora múltiples factores como la propia dinámica y condiciones de las guardias, que impiden al defensor disponer del tiempo suficiente para estudiar lo actuado, determinan, de *facto*, la imposibilidad de que el Abogado asesore³³⁶ y, corolario de lo anterior, el eventual reconocimiento de hechos sea voluntario e informado.

4.3.2. Imposibilidad absoluta

Existen incluso supuestos, sumamente frecuentes en investigaciones por delitos contra la salud pública, en los que esta última imposibilidad *efectiva* (que para la doctrina constitucional sería irrelevante), se convierte en

³³⁵ Precisamente, aquellos que generan un mayor volumen de jurisprudencia sobre la prueba ilícita y su efecto reflejo.

³³⁶ En efecto, como afirma RODRÍGUEZ LAINZ, J.L., *La confesión del imputado...*, op. cit., p. 121, "*nadie puede negar que un asesoramiento jurídico por parte del abogado del imputado, y más si se encuentra detenido, y en condiciones de acceso limitado al contenido de las actuaciones realizadas hasta el momento de la declaración, será incompleto, y por tanto incapaz de poder dar una solución razonable a las expectativas de la defensa de su cliente*".

imposibilidad absoluta de que la confesión sea informada: se trata de aquellas investigaciones que, a su vez, tienen su origen en otra instrucción previa, de tal modo que no necesariamente, antes al contrario, se investigan por parte del mismo Juzgado. Ello determina que en el momento de la puesta a disposición judicial de los detenidos (e incluso durante todas las fases del proceso) se desconozca si las medidas limitativas de derechos fundamentales (habitualmente, intervenciones telefónicas y entradas y registros domiciliarios) se adoptaron ya en el seno de una cadena de violación de derechos fundamentales o si, por el contrario, tuvieron lugar tras una investigación inicial respetuosa con los mismos. Tanta problemática suscitaron en la práctica (ya en fase de juicio oral) estas situaciones, concretamente en materia de intervenciones telefónicas, que el Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del TS adoptó el Acuerdo de 26 de mayo de 2009, que, en lo que aquí interesa, reza como sigue: *"En los procesos incoados a raíz de la deducción de testimonios de una causa principal, la simple alegación de que el acto jurisdiccional limitativo del derecho al secreto de las comunicaciones es nulo, porque no hay constancia legítima de las resoluciones antecedentes, no debe implicar sin más la nulidad". "... en tales casos, cuando la validez de un medio probatorio dependa de la legitimidad de la obtención de fuentes de prueba en otro procedimiento, si el interesado impugna en la instancia la legitimidad de aquel medio de prueba, la parte que lo propuso deberá justificar de forma contradictoria la legitimidad cuestionada. Pero, si, conocido el origen de un medio de prueba propuesto en un procedimiento, no se promueve dicho debate, no podrá suscitarse en ulteriores instancias la cuestión de la falta de constancia en ese procedimiento de las circunstancias concurrentes en otro relativas al modo de obtención de las fuentes de aquella prueba".*

Hasta la fecha, la jurisprudencia³³⁷ ha venido aplicando este criterio, sosteniendo, en suma, que la legitimidad de la intervención telefónica no ha de presumirse, sino que debe acreditarse por parte de la Acusación, aportando a la nueva causa los antecedentes y las resoluciones sobre la

³³⁷ Vid., *ad exemplum*, las SSTS núm. 223/2011, de 31 de marzo y 1.064/2012, de 12 de noviembre.

medida limitativa de derechos, siempre que el interesado (la Defensa) la cuestione en un momento procesal que permita la efectiva contradicción. Luego, en este tipo de supuestos, supondría un contrasentido considerar voluntaria e informada una eventual confesión ante el Juzgado de instrucción³³⁸.

Más aún: de la esencia que subyace de este acuerdo puede concluirse que, en definitiva, el detenido y/o imputado no puede dar por supuesto que sus derechos fundamentales han padecido durante la instrucción (o incluso en la investigación iniciada ante otro órgano jurisdiccional, de la que puede haberse desgajado otra instrucción) y obrar en consecuencia, guardando silencio a los efectos de no "sanear" esa hipotética violación de derechos. Y es que, como expresa la STS núm. 901/2009, de 22 de enero, no puede admitirse como premisa que, en principio, deba presumirse que las actuaciones judiciales y policiales son ilegítimas e irregulares, vulneradoras de derechos fundamentales mientras no conste lo contrario, pues *"ello supondría la paradoja de que mientras que tratándose de los acusados ha de presumirse siempre su inocencia, en tanto no se pruebe su culpabilidad (art. 24.2 CE), a los jueces y tribunales, en el mismo marco procesal, ha de presumírseles una actuación contraria a la Constitución y a las leyes, en tanto no se pruebe que han actuado conforme a Derecho. Frente a tal premisa, hemos de afirmar que ni el derecho a la presunción de inocencia, ni el principio "in dubio pro reo", que siempre deben proteger a los acusados, pueden llegar a significar que, salvo que se acredite lo contrario, las actuaciones de las autoridades son, en principio, ilícitas e ilegítimas"*.

4.3.3. Vuelta a lo general

³³⁸ Afortunadamente, el TS no ha establecido, en puridad, un catálogo cerrado de supuestos en los que puede predicarse el carácter voluntario e informado de la confesión, sino que ha establecido, por ejemplo en su Sentencia núm. 1.129/2006, de 15 de noviembre, que *"es preciso un examen detenido de cada caso para determinar si puede afirmarse que la confesión realizada lo fue previa información y con la necesaria libertad de opción y no de forma condicionada por el hallazgo cuya nulidad se declara posteriormente"*. Hasta donde alcanzamos, el TS no ha resuelto aún ningún supuesto en el que se haya planteado la problemática que venimos exponiendo. Tampoco el TC.

Podría caerse en la tentación de tratar de salvar todos los escollos expuestos y, por ende, otorgar eficacia y validez a la confesión producida en cualesquiera de las situaciones descritas, recurriendo al fácil recurso del asesoramiento jurídico –llamémosle así- perfecto³³⁹. En este sentido, RODRÍGUEZ LAINZ³⁴⁰, bien que en fechas muy anteriores a la fecha del calendado Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala II del TS y refiriéndose a determinadas situaciones en las que el imputado se halla privado de libertad, ha postulado que, en este *“contexto de restricción de libertad personal por razón de la previa detención en circunstancias de confrontación directa con la fuente de conocimiento, con la evidencia, o de limitación al acceso del contenido de las actuaciones, bien por haberse declarado el secreto de las actuaciones, bien por no estar a disposición de la autoridad judicial que habría de tomar declaración a tal detenido o imputado”* la responsabilidad se trasladaría al Letrado defensor, quien debería *“recomendar a su cliente que guarde silencio hasta tanto no tenga a su disposición los antecedentes procesales precisos para realizar un juicio de valor sobre la licitud constitucional de todo lo actuado hasta el momento mismo de la toma de declaración de su patrocinado”*; el expresado autor apuntala su argumento recordando que el silencio del imputado está *“garantizado”* en la medida en que la propia LECrim. prohíbe fundamentar la prisión preventiva en la *“falta de colaboración del imputado en el curso de la investigación”* (artículo 503.1.3º.b/, párrafo segundo).

Amén de que la ilicitud no puede presumirse, olvida tal vez RODRÍGUEZ LAINZ que, en puridad, este precepto se circunscribe únicamente al riesgo de ocultación, alteración y destrucción de pruebas y que lo que prohíbe es que ese peligro se infiera *“únicamente”* del ejercicio del

³³⁹ En opinión de RODRÍGUEZ LAINZ, J.L., *La confesión del imputado derivada de prueba ilícitamente obtenida*, Bosch, Barcelona, 2005, p. 123: *“el sistema de garantías constitucionales no garantiza la mejor de las defensas posibles [la única que, a su juicio, evitaría la confesión precedida de prueba ilícita], sino, al menos en términos de normalidad en la actuación profesional, una defensa dirigida por un profesional del Derecho legalmente habilitado para tal menester”*.

³⁴⁰ RODRÍGUEZ LAINZ, J.L., *La confesión del imputado...*, op. cit., pp. 121 a 123.

derecho de defensa o de la falta de colaboración del imputado. Pero nada impide que el rampante fantasma de la doctrina *Murray* sea tenido en cuenta por el Juez de Instrucción a la hora de abordar el examen del primer requisito para la adopción de la prisión preventiva: el *fumus boni iuris* o la existencia de indicios racionales de criminalidad contra el inculcado (artículo 503.1.2º LECrim.). Antes al contrario, sin alusión expresa a la citada doctrina, la experiencia diaria en los Juzgados de Guardia enseña que las probabilidades de que un detenido puesto a disposición judicial sea ingresado en prisión preventiva se incrementan sensiblemente si hace uso de su legítimo derecho a guardar silencio. No debería ser así, pero lo es³⁴¹. Vale la pena, en este punto, reproducir las acertadas palabras de GARCÍA MUÑOZ³⁴²: *“No debería ser posible, como ahora sucede con demasiada frecuencia, que el interrogatorio por el juez se realice sin que esté el sospechoso, ahora imputado, suficientemente informado del contenido de la imputación en todos los detalles y pueda tener acceso al contenido de la instrucción. Lo dicho es predicable para su abogado, sin que sea posible declaración alguna mientras el sumario o diligencias previas estén declaradas secretas, pues realizarlo así no tiene otra explicación que desvirtuar la labor del juez de instrucción que se transforma en un agente de la tesis desfavorable para el sospechoso, sabiendo todos que de conseguirse ahora manifestaciones sorprendentes contradictorias con lo que pueda declarar en la vista, es prácticamente*

³⁴¹ Incluso resulta muy habitual que en las conversaciones previas a la toma declaración del imputado detenido ante el Juez de Guardia entre el representante del Ministerio Fiscal y el Abogado defensor, éste pregunte al primero si tiene previsto solicitar la adopción de medidas cautelares de carácter personal (y, señaladamente, la prisión preventiva), contestando el Ministerio Público que ello dependerá del contenido de la declaración del imputado (dando ya, por tanto, por sentado que no se acogerá a su derecho a guardar silencio) o incluso de si le convencen las explicaciones que ofrezca, haciéndose, pues, preciso que el detenido renuncie a su derecho a no contestar a las preguntas que se le formulen si quiere tener mayor número de opciones de abandonar la penosa situación en la que se encuentra. Recuérdese que, desde la reforma de la LECrim. operada por la L.O. 13/2003, de 24 de octubre, sin previa solicitud del Ministerio Fiscal o alguna parte acusadora (que difícilmente se hallará personada en la puesta a disposición judicial del detenido, resultando incluso inusual que en los delitos en los que habitualmente se pueden haber obtenido fuentes de prueba merced a actos de investigación inconstitucionales existan Acusaciones distintas al Ministerio Público) el Juez de Instrucción no está facultado para adoptar la prisión preventiva, con o sin fianza, del inculcado, debiendo decretar, en tal caso, la inmediata puesta en libertad del detenido (art. 505.4 LECrim.).

³⁴² GARCÍA MUÑOZ, P.L., “Declaraciones de los sometidos al proceso penal en calidad de sospechosos, imputados o acusados”, en *Estudios sobre prueba penal* (Dir. ABEL LLUCH, X., y RICHARD GONZÁLEZ, M.), Volumen II, La Ley, Madrid, 2011, p. 193.

asegurar la condena. El “derrumbe” del imputado no es labor del juez de instrucción.

Aceptamos con naturalidad anudar declaración de imputado y toma de decisión sobre su prisión o libertad. ¿Podemos tomar en serio que en el ánimo del sospechoso al declarar no pesará lo que pueda decidirse sobre su situación personal? Se hace preciso que se desvincule tal decisión del interrogatorio y, ya que la Ley no lo contempla, con un ejercicio activo de explicación del juez de instrucción en deslindar contenido de la declaración y decisión sobre la libertad o prisión. La adopción de medidas cautelares personales no está para coadyuvar a obtener una confesión”.

En este estado de cosas, esa –a nivel meramente teórico- perfecta y acertada asistencia letrada³⁴³, dotada incluso de una suerte de sexto sentido,

³⁴³ Que ni aun proporcionándosele al detenido con carácter previo a su toma de declaración como imputado se garantiza que llegue a buen puerto y, por ende, devenga eficaz, sino que –obvio es decirlo- dependerá siempre del detenido, en última instancia, decidir, en cuestión de minutos, si opta o no por guardar silencio, lo que, en buena medida, implica que el potencial declarante (lego en Derecho) asimile desde un calabozo la explicación que su Letrado buenamente pueda ofrecerle acerca de la doctrina de la prueba ilícita y su efecto reflejo, tras indicarle que se ignora en ese momento si se ha producido alguna injerencia ilegítima en sus derechos fundamentales. La cuestión de la calidad de la asistencia letrada en el marco del proceso penal ha generado mucha jurisprudencia en los EEUU, relativa, en su gran mayoría, a la denominada Justicia penal negociada. Entre las más recientes, puede verse la STS recaída el pasado 5 de noviembre de 2013 en el caso *Burt v. Titlow* -571 U.S. ____ (2013)-, donde el Tribunal recuerda que la Sexta Enmienda no garantiza el derecho a obtener un consejo perfecto, sino el derecho a una asistencia efectiva, sin que ni siquiera la violación de las normas éticas por parte del Abogado determine, *per se*, su ineffectividad. En el caso concreto, y contrariamente a lo que sostuvo el Tribunal de Apelaciones del Sexto Circuito, el TS norteamericano consideró que el hecho de que el acusado, que ya había culminado un *plea bargaining* con el Ministerio Fiscal asistido de Letrado, cambiara de Abogado y el nuevo Letrado le ayudara a revocar el *guilty plea* en lugar de mantener el acuerdo de declaración de culpabilidad (a todas luces muy beneficioso), dejándose llevar por las proclamaciones de inocencia del acusado sin analizar a fondo la eventual solidez de los elementos incriminatorios existentes en su contra, celebrando el juicio y obteniendo una condena mucho más gravosa que la previamente pactada no constituía una violación del derecho a la efectiva asistencia letrada que asiste a todo acusado.

Para profundizar sobre esta cuestión, *vid.* el sugerente trabajo de PRIMUS, E.B., “The illusory right to counsel”, 37 *Ohio N.U. L. Rev.* 597 (2011), donde la autora explica cómo se viola sistemáticamente el derecho de muchos acusados a ser defendidos por un Abogado en causas criminales debido, precisamente, a la impericia de este último, cuando no –como recoge, con cierta sorna, en su trabajo- a otros factores (que el Letrado duerma durante el juicio o que haya abusado del alcohol o de las drogas).

En los EEUU, incluso cualquier novela que se ambiente en Tribunales de Justicia se refiere con toda naturalidad a las siglas IAC (*ineffective assistance of counsel*). Entre las más recientes, puede verse GRISHAM, J., *The Racketeer*, Hodded, 2013, p. 69, donde el autor afirma que la asistencia letrada ineffectiva constituye una queja común de los condenados en

que postula RODRÍGUEZ LAINZ, no es ni exigible ni efectiva a la hora de que el Abogado trate de poner fin a la privación de libertad de su patrocinado, en cuanto que el Letrado debe procurar que el bien máspreciado que el Estado puede arrebatarse a un ciudadano que debe ser presumido inocente, la libertad, sea recuperado por su defendido a la mayor brevedad. *Ergo*, la prioridad primordial del Abogado –y también de su cliente- en la puesta a disposición judicial, esto es, en una situación de auténtica emergencia, debe ser la recuperación de la libertad a corto plazo, sin que quepan cortapisas ni reservas³⁴⁴, menos aún cuando habrán sido, en su caso, provocadas por los poderes públicos obligados –por mandato constitucional ex artículo 9.2 CE- a “promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo (...) sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud”. Ni qué decir tiene, pues, que constituye un auténtico sinsentido carente de apoyo argumental técnico-jurídico considerar, como considera RODRÍGUEZ LAINZ³⁴⁵, que “permitir” por parte del Abogado a su defendido confesar los hechos (como si el Abogado pudiera obligarle a no hacerlo o ello estuviera en su mano) cuando no consta en las actuaciones el origen de la evidencia para posteriormente cuestionar la constitucionalidad de lo que en su día se desconocía y pretender extender el efecto reflejo de la ilicitud a la confesión a judicial presencia “rayaría el reprobable empleo de la mala fe procesal”.

Como acertadamente expresa la STS núm. 125/2010, de 16 de febrero: “No se puede dejar en manos de un letrado, por muy técnico en derecho que sea, la decisión de permitir, sin las advertencias y debidos asesoramientos jurídicos, la autoimputación de un hecho que lleva aparejada una pena grave. El sistema no puede permanecer indiferente ante la posible inhabilidad técnica o el consejo perjudicial que puede emanar del director

juicio, si bien rara vez dan lugar a la revocación de la condena en aquellos casos en los que la pena impuesta no conlleve aparejada la muerte del reo (*non-death-penalty cases*).

³⁴⁴ De ahí que tampoco resulte satisfactoria la tesis de RODRÍGUEZ LAINZ, J.L., *La confesión del imputado...*, op. cit., p. 141, consistente en exigir al Abogado defensor que adopte en la guardia “una estrategia global, con vocación de futuro”, so pena de tener que estar y pasar por el importante rendimiento probatorio que puede ofrecer, en su día (en el Plenario), un reconocimiento de hechos por parte del detenido ante el Juzgado de Instrucción.

³⁴⁵ RODRÍGUEZ LAINZ, J.L., *La confesión del imputado...*, op. cit., pp. 151 y 152.

técnico y llevar a una confesión de consecuencias extremadamente gravosas. El sistema invierte los términos y corresponde a los órganos encargados, en primer lugar de la investigación y así el juez instructor debe comunicar personal y directamente a la persona implicada cuál es el hecho punible cuya comisión se le atribuye, ilustrarle de la totalidad de los derechos que integran la defensa y advertirle de los derechos constitucionales que le eximen de la obligación de declarar contra sí mismo o confesarse culpable, ilustrándole de su situación procesal con detalle, advirtiéndole de la posible declaración de nulidad de las escuchas telefónicas, si se lleva a efecto en dicha fase, para que, a la vista de todas las posibilidades, pueda, de forma suficientemente informada, declarar o no”.

De lo expuesto hasta este lugar, puede colegirse fácilmente que somos de la opinión de que no puede dejarse en manos del acusado –en muchas ocasiones asustado y/o desconfiado- la validez del material probatorio de contenido incriminatorio obtenido conculcando derechos fundamentales. ¿Quién es el acusado para hacerlo?³⁴⁶ Es más, ¿de dónde extraen algunos Jueces y Magistrados esa facultad “saneadora” de lo inconstitucionalmente obtenido que se vienen arrogando? ¿Acaso es imaginable que, en el caso tratado, por ejemplo, en la STS 370/2008, si el Tribunal hubiera resuelto la cuestión previa con anterioridad a dar paso al interrogatorio del acusado, éste hubiera reconocido los hechos? En el fondo, subyace una “norteamericanización”³⁴⁷ de la concepción de la regla de exclusión por parte de nuestros Jueces y Tribunales, cuyo origen se encuentra en la errónea –tal vez por apresurada e irreflexiva- equiparación entre Ordenamientos. Y es que en EEUU la mentada regla se concibe como una garantía procesal de los derechos fundamentales sustantivos de sus

³⁴⁶ Según RODRÍGUEZ LAINZ, J.L., *La confesión del imputado...*, op. cit., p. 91, constituiría una “afirmación arriesgada” negar autonomía en el imputado para reconocer la autoría de unos hechos “aunque la imputación se le realice por virtud de una fuente de conocimiento posteriormente declarada ilícita”, puesto que, a su juicio, al imputado se le reconoce “un alto nivel de autonomía”, permitiéndosele incluso asumir directamente una condena sin previa celebración de juicio, de lo que se seguiría que si puede lo más puede lo menos. En nuestra opinión, tanto por lo que hemos expuesto hasta este lugar como por lo que expondremos a continuación, la conclusión del autor citado es errónea.

³⁴⁷ Vid. MIRANDA ESTRAMPES, M., “La prueba ilícita: la regla...”, op. cit., p. 142. Sobre la aplicación de la *exclusionary rule* estadounidense en Alemania, vid. AMBOS, K., “La teoría del efecto extensivo...”, op. cit., *pássim*.

ciudadanos destinada a un fin muy concreto y sin cuya consecución no halla su sentido: la prevención de los abusos por parte de los agentes encargados de la investigación criminal (*deterrence effect*)³⁴⁸. Dada la inexcusable exigencia de este requisito teleológico es normal que en EEUU exista una rica casuística en la no aplicación de la regla de exclusión que da pie a la creación jurisprudencial de todo un rosario de excepciones a la misma. Sin embargo, he aquí el origen de la denunciada confusión por asimilación, no puede obviarse que, como se ha sostenido en este trabajo, en España, a diferencia de lo que ocurre en EEUU, la regla de exclusión es, en sí misma, parte integrante de un derecho fundamental consagrado en el artículo 24.2 CE: el de todo ciudadano a no ser imputado³⁴⁹, procesado, juzgado ni, menos aún, condenado³⁵⁰ si no lo es en virtud de pruebas válidamente obtenidas. Garantía constitucional ésta que, además, se ha visto proyectada y concretada en el ámbito de la legalidad orgánica (artículo 11.1 LOPJ).

Y, en efecto, no cabe que el juzgador sortee las previsiones del legislador elaborando tesis jurisprudenciales que no se adecuan a las estrictas previsiones del artículo 11.1 LOPJ³⁵¹. Como sostuvo con maestría

³⁴⁸ Vid. la completísima y crítica obra de FIDALGO GALLARDO, C., *Las "pruebas ilegales"...*, cit., pp. 297 y ss. En síntesis, el autor sostiene que la regla de exclusión federal "ha quedado configurada no como parte del contenido esencial de los derechos procesales constitucionales reconocidos en las Enmiendas Cuarta, Quinta, Sexta y Decimocuarta de la Constitución federal, sino como un mero remedio extrínseco a tales cláusulas constitucionales, elegido por la Corte Suprema entre otros posibles, por considerar que es el que mejor sirve para disuadir a las fuerzas del orden público de la tentación de cometer violaciones de los derechos individuales en su labor de investigación de los delitos" (p. 297). Y es que, en efecto, fue en el caso *United States v. Calandra* –414 U.S. 338 (1974)- donde la Corte Suprema confirmó que la regla de exclusión es un remedio de creación judicial ("a judicially created remedy") con la expresada finalidad disuasoria. Para FIDALGO, no obstante, si la Corte hubiera sido coherente en 1974, llevando la doctrina *Calandra* hasta sus últimas consecuencias, "la desconstitucionalización debería haber provocado automáticamente la derogación de la regla de exclusión y la anulación de toda la línea jurisprudencial que, desde *Weeks v. United States*, había venido desarrollándola. Mas, sin embargo, la regla de exclusión ha mantenido su vigencia, a juicio de este autor, "por pura inercia" (pp. 312 y 313).

Sobre *Calandra*, vid., por todos, SCHROCK, T.S. y WELSH, R.C., "Up from Calandra: The Exclusionary Rule as a Constitutional Requirement", 59 *Min. L. Rev.* 251 1974-1975, pp. 251 y ss.

³⁴⁹ Ni, por tanto, sufrir medidas cautelares.

³⁵⁰ Lo que, como se ha visto, vulneraría también el derecho fundamental a la presunción de inocencia.

³⁵¹ Curiosamente, en Estados Unidos, detractores de la regla de exclusión como McGARR, FRANK J. –"The exclusionary rule...", *op. cit.*, p. 268- no han dudado en calificar la

CALAMANDREI³⁵², la actividad dirigida a crear Derecho nuevo es lo que en el lenguaje ordinario se llama, *stricto sensu*, política. Así, una cosa es la formulación de las leyes y otra su aplicación; precisamente ésta constituye la distinción entre políticos y juristas. Y en un sistema, como el continental, de formulación legislativa -que no judicial- del Derecho, se distinguen -siguiendo al Maestro italiano- dos etapas: en un primer momento el Estado en el papel de legislador *"anuncia anticipadamente cuál será el Derecho que hará valer en el caso de que se produzca en la realidad concreta un hecho similar al abstractamente previsto en hipótesis"*. En un segundo momento, el Estado, *"en el papel de juez y de ejecutor, comprueba la coincidencia entre la hipótesis abstracta y el hecho concreto, y actúa realmente con la fuerza, para el caso particular, esa voluntad que en la ley estaba solamente anunciada para clases de supuestos"*, pero no actúa como en el caso del sistema de formulación judicial como *"árbitro pacificador"* dictando, en el momento en el que surge el conflicto, la solución que considera más apropiada para ese litigio singular. Mas así es como, al parecer, está actuando nuestro TS, apartándose de la redacción de un precepto claro por demás.

Es cierto, como dice CALAMANDREI³⁵³, que *"las expresiones que emplean las leyes tienen a menudo un alcance genérico, una deliberada elasticidad, usada a propósito para dar al juez, sirviéndose de las llamadas "válvulas de seguridad" o "los órganos respiratorios" del sistema, el modo de rejuvenecer ininterrumpidamente el Derecho positivo y de mantenerlo, a través de la interpretación llamada evolutiva"*, pero, insistimos, no es el caso: el art. 11.1 LOPJ es taxativo. Y *dura lex, sed lex*.

Así pues, en nuestro sistema, una vez normativizada la regla de exclusión, a los Jueces y Tribunales únicamente les corresponderá pronunciarse sobre la existencia o no de vulneración del contenido esencial del derecho fundamental, así como de la relación *causal* entre la prueba

Sentencia pionera sobre el particular (*Weeks v. United States*) como una pura pieza de legislación judicial concebida como un intento de lograr un objetivo social.

³⁵² CALAMANDREI, P., *Fe en el Derecho* (Florenia, 21 de enero de 1940), Marcial Pons, 2009, pp. 77 a 81.

³⁵³ CALAMANDREI, P., *Fe en el Derecho*, op. cit., p. 98.

ilícitamente obtenida y las pruebas (lícitas) derivadas. Constatados ambos extremos, la solución legal, esto es, la que necesariamente tendrá que aplicar el juzgador, pasará por aplicar la regla de exclusión en los términos en que haya sido normativizada, sin admitir excepciones que no tienen un adecuado reflejo legal³⁵⁴. Más aún: el artículo 53.1 CE determina la vinculación de todos los poderes públicos a los derechos fundamentales, reservándose al legislador -y sólo a éste- la facultad de regulación de su ejercicio respetándose su contenido esencial³⁵⁵. Como ha señalado MARTÍNEZ GARCÍA³⁵⁶, se trata de una plasmación de las consecuencias impuestas por el principio de separación de poderes en el Estado de Derecho, cuyo respeto se manifiesta como un límite a la creación jurisprudencial en materia de derechos y libertades fundamentales. Por ello, si como se ha sostenido en este trabajo con apoyo normativo, doctrinal y jurisprudencial, la garantía de inadmisión de las pruebas ilícitamente obtenidas se integra entre las garantías del derecho fundamental reconocido en el artículo 24.2 CE, únicamente el legislador está autorizado -de modo limitado, como se ha visto- para realizar una ponderación como la que ha llevado a cabo el TC con su teoría de la conexión de antijuricidad³⁵⁷ y, por tanto, para formular excepciones a la regla de exclusión consagrada en el artículo 11.1 LOPJ³⁵⁸. En suma, pues, el Juez o Tribunal debe limitarse a declarar la existencia de una violación de derechos o libertades fundamentales y, en función de la fase procesal en la que se plantee el debate, obrar en consecuencia, ora expulsando el material probatorio obtenido merced a la vulneración del procedimiento para que no surtan efectos y ni siquiera llegue al juicio oral, ora

³⁵⁴ Vid. MARTÍNEZ GARCÍA, E., "Análisis de la 'tesis de la desvinculación de la antijuricidad': una explicación de sus límites basada en el derecho al proceso y sus garantías (art. 24.2 CE)", *Teoría y Derecho: Revista de pensamiento jurídico*, núm. 9, 2001, pp. 203 y 204.

³⁵⁵ Y, además, mediante Ley Orgánica (artículo 81.1 CE).

³⁵⁶ Vid. MARTÍNEZ GARCÍA, E., "Análisis de la 'tesis de la desvinculación....", *op. cit.*, pp. 203 y 204.

³⁵⁷ Vid. GUARIGLIA, F., *Concepto, fin y alcance de las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal*, Editores del Puerto, Paraná, 2005, pp. 82 y 89.

³⁵⁸ ASENSIO MELLADO, J.M., "Prueba ilícita: declaración...", *op. cit.*, es sumamente claro al afirmar que la LOPJ "impide o se opone a la teoría del TC que no puede ser calificada de mera interpretación y que de serlo excede de sus competencias al limitar derechos proclamados de forma expresa", concluyendo que "cabe cuestionarse la legitimidad del TC para actuar como paralegislador limitando lo que su función le obliga solo a preservar". .

no valorándolo en sentencia en aquellos casos en los que, por el motivo que fuere, el material haya accedido al Plenario³⁵⁹. Debe, por tanto, quedar muy claro que en nuestro ordenamiento le está vedado al Juez o Tribunal (también al TC) realizar juicios de desconexión jurídica entre pruebas causalmente conectadas, pues ello supone un incumplimiento de una previsión normativa (contenida en el tan traído artículo 11.1 LOPJ), que, además, se halla vinculado al artículo 24.2 CE³⁶⁰.

Los redactores del BBACPP parecen haber sido conscientes de esta invasión de la jurisprudencia en competencias exclusivas del legislador al establecer en el apartado 3.- del artículo 13 del expresado borrador que *"la declaración autoincriminatoria del encausado, prestada en el plenario en términos que permitan afirmar su voluntariedad, se entenderá desconectada causalmente de la prueba declarada nula"*. Tan sólo unos brevísimos apuntes a este respecto: en primer lugar, repárese en que, temporalmente, tan sólo se considerará desconectada la confesión prestada en el juicio oral; en segundo lugar, el prelegislador establece la desconexión causal, y no meramente jurídica, con lo que se evita, por la vía más cómoda, tener que responder en cada caso al sempiterno interrogante: ¿realmente habría confesado el acusado si se hubiera expulsado todo el material de cargo inconstitucionalmente obtenido con carácter previo a la formulación de escrito de acusación?³⁶¹, esto es, en suma, qué impacto psicológico ha provocado en cada acusado la obtención de pruebas con vulneración de derechos fundamentales; y, desde luego, parece una proclamación vacía de contenido condicionar la validez de la confesión a su voluntariedad³⁶² de modo circunstancial, abierto, vago e impreciso.

³⁵⁹ Sobre esta cuestión, véase el Capítulo V del presente trabajo.

³⁶⁰ Vid. MARTÍNEZ GARCÍA, E., "Análisis de la tesis de la desvinculación...", *op. cit.*, p. 216 (nota 36).

³⁶¹ Vid., *ad exemplum*, GARCÍA MUÑOZ, P.L., "Declaraciones de los sometidos al proceso penal...", *op. cit.*, p. 246, quien, con razón, afirma que *"es difícil pensar que el acusado hubiese confesado de saber que la única prueba para su condena era únicamente su propia confesión; de saber el detenido que los datos de que disponía la policía no eran válidos, ¿habría confesado el hecho?"*.

³⁶² Hubiera resultado más afortunado aludir también al carácter *informado* de la confesión, en los términos desarrollados por la jurisprudencia del TS, puesto que, de este modo, parece el

En suma, pues, estamos de acuerdo con JORGE BARREIRO³⁶³ cuando -con anterioridad a las arduas polémicas doctrinales y jurisprudenciales que han sido expuestas- afirmaba que *“parece contradictorio y poco coherente el establecer, por una parte, que la diligencia es nula de pleno derecho y que no produce, en consecuencia, efectos probatorios de ninguna clase y después, por otra, concluir que la declaración del inculpado es suficiente para admitir la tenencia de la droga. Y resulta contradictorio porque al admitir este último medio de prueba estamos dándole operatividad y eficacia a la propia de diligencia de reconocimiento. Primero, porque al acusado le preguntamos sobre una pieza de convicción que se ha obtenido en una diligencia nula de pleno derecho y absolutamente ineficaz. Por lo tanto, se le interroga acerca de una sustancia estupefaciente que jurídicamente no existe. Segundo, porque sin esa diligencia es evidente que el acusado habría negado la tenencia de la droga. Y tercero, porque también resulta claro que el Tribunal con sólo la declaración autoinculpatoria del acusado, y suprimiendo de la mente de los Magistrados la existencia del registro, no habría seguramente dictado una condena (...)”*.

4.4. EFECTOS JURÍDICOS DE LA CONFESIÓN VOLUNTARIA E INFORMADA: PROPUESTAS REPARADORAS

De modo subsidiario, esto es, para los supuestos de que el artículo 13.3 del BACPP sea aprobado o de que nuestra jurisprudencia mayoritaria

prelegislador alinearse con la tesis, ciertamente menos garantista, del TC. Ahora bien, en la medida en que el BBACPP se refiere a la eventual confesión producida en el *juicio oral*, la precisión pudiera parecer superflua, de suerte que en la indicada fase procesal el acusado ya conoce o, desde luego, está en condiciones de conocer a través de su Defensa, cuál es el cuadro probatorio del que pretende valerse la Acusación, así como la posibilidad -que no certeza, y de ahí que sostenga que la decisión sobre la exclusión de la prueba ilícita deba tener lugar en todo caso en fase instrucción- de que haya sido obtenido con vulneración de derechos fundamentales y, corolario de lo anterior, exista la posibilidad -he aquí otra dosis de incertidumbre- de que el Juez o Tribunal declare su nulidad. Mas no se pierda de vista que dicha nulidad puede y debe ser apreciada del oficio por el órgano jurisdiccional, de tal manera que pudiera darse el supuesto de que, no habiendo planteado la vulneración -y consecuente nulidad- la Defensa ni el Ministerio Fiscal, el Juez o Tribunal, ya en sentencia, la constate y actúe en consecuencia, aplicando la regla de exclusión probatoria. En tal caso, aun habiéndose producido la confesión en el Plenario, no podría predicarse de la misma su carácter informado, siquiera sea, como en el resto de supuestos, en términos probabilísticos del todo inseguros e inciertos.

³⁶³ JORGE BARREIRO, A., “La prueba ilícita en el proceso penal”, *Recopilación de Ponencias y Comunicaciones. Planes Provinciales y Territoriales de Formación*, año 1992, Volumen II, C.G.P.J., Madrid, 1993, p. 1.237.

continúe manteniendo la confesión voluntaria e informada (incluso en fase de instrucción) como excepción a la doctrina arbórea, a pesar de que haya existido una vulneración de derechos fundamentales, de tal manera que en sentencia se declare la culpabilidad del acusado con base en su confesión, parece razonable plantearse si ésta debe ser recompensada de algún modo o, más limitadamente, visto desde otra perspectiva, si el acusado debe ser compensado por la intromisión ilegítima de la que ha sido víctima, aunque haya ejercitado plenamente el derecho de defensa, decidiendo no confesar. A nuestro juicio, la respuesta debe ser positiva en ambos casos, por aplicación de la circunstancia atenuante prevista en el artículo 21.7ª del Código Penal³⁶⁴, por analogía con la circunstancia 6ª del mismo precepto³⁶⁵ en el primer caso y con la 4ª³⁶⁶ en el segundo caso.

Veámoslo por separado, comenzando por el último de los enfoques anunciados:

1º) Acerca de la *compensación* jurídica por la vulneración de un derecho fundamental. Desde la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que, una vez más, se reformó el Código Penal, al configurarse la atenuante de dilaciones indebidas de forma autónoma y diferenciada de la atenuante analógica, ésta amplió necesariamente su ámbito de aplicación a situaciones de idéntico fundamento atenuatorio. Y éste no es otro que la compensación de un mal injusto soportado por el inculpado, con disminución, por ello, de la pena a imponer. ¿Y qué duda cabe que la violación de un derecho fundamental constituye un mal injusto?

No se olvide que el Legislador, de haberlo querido, bien podría haber dejado la atenuante analógica en el apartado 6º del artículo 21 del Código Penal, limitándola, de este modo, a las cinco anteriores y colocar la nueva

³⁶⁴ “Cualquier otra circunstancia de análoga significación que las anteriores”.

³⁶⁵ “La dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento, siempre que no sea atribuible al propio inculpado y que no guarde proporción con la complejidad de la causa”.

³⁶⁶ “La de haber procedido el culpable, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él, a confesar la infracción a las autoridades”.

atenuante de dilaciones indebidas³⁶⁷ en último lugar. Pero no lo hizo y, por tanto, no existe excusa para no construir la atenuante analógica por vulneración de cualquier derecho fundamental³⁶⁸.

Esta circunstancia atenuante debería, a nuestro juicio, apreciarse a todo acusado que haya padecido la violación de un derecho fundamental, no existiendo parangón posible entre quien ha sido sometido a un proceso pulcro y garantista y quien ha sido víctima de una diligencia de investigación inconstitucional. Y ello con independencia del comportamiento procesal del inculpado, esto es, de si ha confesado o no, pues la conculcación del derecho ya se habrá consumado irremediabilmente, hallándose en fase de agotamiento cuando el imputado o acusado declara.

Si, además, el acusado confesara la infracción una vez informado de la eventual vulneración de alguno de sus derechos fundamentales y, corolario de lo anterior, de la ilicitud probatoria y su efecto reflejo, sería otra la circunstancia atenuante que, a nuestro entender, podría concurrir de modo acumulativo, dándose una serie de presupuestos que veremos a continuación, con las consecuencias penológicas que ello comportaría (la imposición de una pena inferior en uno o dos grados, en virtud de la regla 2ª del artículo 66.1 del Código Penal, siempre que no concurrieran agravantes, o bien, en caso de concurrir éstas, la compensación entre atenuantes y agravantes, según la regla 7ª del precepto indicado). Veámoslo.

2º) Sobre la *recompensa* jurídica del acusado. Se trataría de apreciar la confesión del acusado cuyos derechos fundamentales han padecido, al verificarse una identidad de fundamento de su conducta con la circunstancia atenuante de confesión, como manifestación, en definitiva, del Derecho penal premial, destinado a estimular la colaboración del acusado. Todo ello en el

³⁶⁷ Sobre la atenuante de dilaciones indebidas y su creación jurisprudencial, *vid.* MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., *La atenuante analógica de dilaciones indebidas. Analogía e interpretación. El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas*, Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, Madrid, 2007.

³⁶⁸ En este sentido, CASTRO MORENO, A., “Sobre la atenuante analógica de detenciones, registros e intervenciones ilegales: nuevo escenario procesal”, en *La Ley Penal: revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario* núm. 78, La Ley, enero de 2011, p. 5 y ss., considera que la reforma de 2010 abrió un nuevo escenario en el que la analogía de fundamento atenuatorio de la circunstancia 7ª del artículo 21 del Código Penal puede dirigirse respecto del fundamento que inspira la propia atenuante de dilaciones indebidas.

bien entendido de que para que exista la expresada identidad de fundamento, el reconocimiento de hechos que efectúe el acusado debe producirse en un escenario de raquitismo probatorio, merced a la anulación de las pruebas obtenidas directa o indirectamente con violación de derechos fundamentales.

Es decir, el Juez o Tribunal, una vez verificada la ilicitud probatoria y establecidos los límites precisos de su efecto reflejo, deberá analizar si la confesión del acusado se ha producido en el marco de un cuadro probatorio insuficiente *per se* para destruir la presunción de inocencia si no fuera por su reconocimiento de hechos. De responder de modo afirmativo a esta pregunta, existirá un fundamento para premiar al acusado, en la medida en que, en puridad, el acusado se habría retrotraído a un escenario de *tabula rasa*, en el que no existiría elemento de cargo alguno contra el mismo, y, a pesar de todo, habría confesado la infracción a las autoridades sin tener por qué. Y es que el acervo probatorio declarado nulo nunca debió existir ni puede ser valorado y de ahí que, de no ser por la conducta procesal del acusado, éste habría sido absuelto a pesar de que la verdad histórica (o, como suele denominarse con frecuencia, “material”), inalcanzable merced a la deficiente actuación de los investigadores, demostraría su culpabilidad.

Visto de otro modo, y prescindiendo ahora de los efectos retroactivos de la nulidad (esto es, de partir de la indicada *tabula rasa*) derivada de los efectos de la prueba ilícita y, por tanto, del requisito cronológico establecido en el artículo 21.4ª del Código Penal³⁶⁹, el comportamiento procesal del acusado supondría una *colaboración eficaz* con la Administración de Justicia al facilitar su enjuiciamiento y asegurar su condena.

Enseña la STS núm. 278/2013, de 26 de marzo, que *"el fundamento de la atenuante de confesión hay que asociarlo al propósito legislativo de*

³⁶⁹ Que, en cualquier caso, quedaría salvado con la doctrina jurisprudencial expresada, por ejemplo, en la STS núm. 1.145/2006, de 23 de noviembre: *"en relación a la confesión, se ha acogido por esta Sala (STS. 10.3.2004), como circunstancia atenuante analógica la realización de actos de colaboración con los fines de la Justicia, cuando ya se ha iniciado la investigación de los hechos en relación con el acusado -esto es cuando falta el requisito cronológico- (SSTS. 20.10.97, 30.11.96, 17.9.99). [...] Ahora bien, en estos casos en que falta el requisito cronológico, para la estimación de la atenuante analógica de colaboración debe exigirse que la aportación de datos por el recurrente haya sido relevante para la restauración del orden jurídico alterado por el delito (SSTS. 1.2.2005).*

premiar a quien, al reconocer los hechos que le son imputados, facilita la instrucción del proceso, ahorra el esfuerzo de indagación que exige el esclarecimiento de los hechos y acorta el tiempo preciso para el desenlace del proceso. Quien renuncia a su derecho constitucional a no declararse culpable ha de ser recompensado, en la medida en que se despoja del estatuto jurídico que nuestro sistema procesal dispensa a todo imputado".

Como recuerda la STS núm. 344/2010, de 20 de abril, la atenuante de confesión se ha apreciado como analógica *"en los casos en los que, no respetándose el requisito temporal, sin embargo el autor reconoce los hechos y aporta una colaboración relevante para la justicia, realizando así un acto contrario a su acción delictiva que de alguna forma contribuye a la reparación o restauración del orden jurídico vulnerado. Así, decíamos en la STS núm. 809/2004, de 23 junio que «esta Sala ha entendido que la circunstancia analógica de colaboración con la justicia requiere una aportación que, aun prestada fuera de los límites temporales establecidos en el artículo 21.4ª del Código Penal , pueda ser considerada como relevante a los fines de restaurar de alguna forma el orden jurídico perturbado por la comisión del delito».* En el mismo sentido, la STS 1348/2004, de 25 de noviembre".

A partir de aquí, pudiera plantearse la cualificación de la atenuación en aquellos casos en los que sin la confesión del acusado se verificara un absoluto desértico vacío probatorio³⁷⁰, reservando la atenuación simple para aquellos otros en que, aun prescindiendo de la tan traída confesión, subsistiera prueba de cargo suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia, de suerte que pudiera no parecer plausible equiparar una vulneración de derechos fundamentales que no determine la nulidad de todo el acervo probatorio, restando prueba "sana" o desconectada de la viciada suficiente para sustanciar la condena del acusado, con una situación de palmaria insuficiencia probatoria. Aunque también es cierto que este

³⁷⁰ Y es que, como recuerda la STS núm. 104/2011, de 1 de marzo, la jurisprudencia ha apreciado la cualificación en aquellas circunstancias que *"alcanzan una intensidad superior a la normal de la respectiva circunstancia, teniendo en cuenta las condiciones del culpable, antecedentes del hecho y cuantos elementos o datos puedan detectarse y ser reveladores del merecimiento de la conducta del inculpado".*

desequilibrio podría solucionarse ya con ocasión de determinar la concreta extensión de la pena dentro de la horquilla punitiva correspondiente.

Ambos factores correctores, la compensación por violación de derechos y la recompensa por la confesión en un escenario de prueba ilícita, constituirían fórmulas para resarcir mínimamente al afectado si se desechara la tesis capitaneada en el TS por el Magistrado ANDRÉS IBÁÑEZ³⁷¹, en cuanto podría considerarse una sanción indirecta a los investigadores o, cuando menos, *sit venia verbo*, un aviso a navegantes: no vale lo mismo lo mal hecho que lo realizado con rigurosa observancia de los derechos fundamentales. Ello sería fácilmente perceptible por los agentes infractores, de suerte que, como se ha expuesto *supra*, tendría un reflejo en la pena a imponer al acusado.

Mas esta solución no es la panacea, sino que la proponemos como corrector de la tesis que ha triunfado en el TS, que pudiera denominarse de moderada³⁷². Y es que, aun cuando podamos compartir que, como sostienen en un plano abstracto y sin descender a ofrecer una solución concreta URBANO DE CASTRILLO Y TORRES DEL MORAL³⁷³, *"si no nos situamos en una posición equilibrada del proceso, y nos decantamos por una posición garantista a ultranza, o, por el lado contrario, afrontamos la cuestión desde una posición predominantemente represora del delito, tendremos enfoques parcializados"*, ese debido equilibrio en una materia tan sensible como la protección de los derechos fundamentales sólo puede sostenerse dotando al planteamiento moderado de alguna virtualidad práctica.

Y postulamos que no se trata de una solución tan satisfactoria como lo sería la asunción de la tesis de ANDRÉS IBÁÑEZ, sin duda más efectiva a los fines de proteger los derechos fundamentales y evitar en la medida de lo

³⁷¹ En síntesis, que la confesión del inculpado carece de poderes sanadores, de tal manera que toda prueba obtenida directa o indirectamente con violación de derechos fundamentales no podrá ser valorada, ni siquiera aunque el acusado reconozca los hechos descubiertos merced a la prueba inconstitucionalmente obtenida.

³⁷² Las otras dos serían la radical o de defensa a ultranza de los derechos fundamentales de ANDRÉS IBÁÑEZ, y la restrictiva, abandonada ya en el TS, pero sostenida hasta la fecha por el TC.

³⁷³ URBANO DE CASTRILLO y TORRES DEL MORAL, *La Prueba Ilícita...*, op. cit., p. 95.

posible que, en lo sucesivo, se repitan conductas atentatorias contra los mismos, pues incluso imponiéndose penas más bajas a los acusados, el agente infractor tendrá la ocasión de efectuar un juicio previo de ponderación y, a partir de ahí, tomar libremente la decisión de obtener pruebas de modo inconstitucional. En efecto, en muchos casos, el dilema se planteará del siguiente modo: desarticular al supuesto delincuente de un modo irregular a pesar de que su pena se vea aminorada merced a la expresada irregularidad o renunciar a reprimir su supuesta actividad delictiva. En nuestra opinión, la balanza se inclinará claramente hacia la primera opción. Por tanto, o los factores correctores propuestos, que se proyectan sobre la eventual pena a imponer, se acompañan de un debido sistema de sanciones efectivas para los agentes investigadores que inobserven las exigencias derivadas de los derechos fundamentales en su quehacer profesional, así como de una formación inspirada en su sagrado respeto³⁷⁴, o en nada variará la situación actual, en la que el mensaje a los investigadores, permítasenos insistir, parafraseando a ANDRÉS IBÁÑEZ, sería igual lo mal hecho que lo realizado con rigurosa observancia de los derechos fundamentales³⁷⁵.

4.5. LA PREVISIBLE RESISTENCIA DE LOS TRIBUNALES A LA ACEPTACIÓN DE LAS PROPUESTAS REPARADORAS

En cualquier caso, no se nos oculta que los tan traídos factores correctores que venimos proponiendo no van a ser del agrado de los Juzgados y Tribunales³⁷⁶, en la medida en que determinarían que muchos procedimientos que hasta la fecha vienen finalizando mediante conformidad en el acto del juicio se celebren a los meros efectos de analizar la existencia

³⁷⁴ A tal efecto, deberían incrementarse los cursos formativos sobre la materia, así como la difusión de obras tales como la de MAGRO SERVET, V., *Manual práctico de actuación policial-judicial en medidas de limitación de derechos fundamentales*, La Ley, Madrid, 2006.

³⁷⁵ Como expresa ASENSIO MELLADO, J.M., “Prueba ilícita: declaración...”, *op. cit.*, vista la “ligereza” con que se actúa en materia de confesión, la teoría de la conexión de antijuricidad —que, como se ha expuesto, considera un fraude constitucional y legal— puede constituirse en un acicate para que la policía utilice mecanismos inconstitucionales en su investigación, al saber que toda la prueba ilícitamente obtenida puede verse posteriormente convalidada en su objeto por una derivada.

³⁷⁶ Y, no en vano, como se verá *infra*, no lo ha sido la apreciación de la atenuación analógica por vulneración de derechos fundamentales en las escasísimas ocasiones en las que se ha planteado.

de prueba inconstitucionalmente obtenida y su efecto reflejo, así como, en su caso, verificar la confesión y su relevancia en el proceso, apreciando o no las atenuantes analógicas antes expuestas y calibrando, en función de su entidad cuantitativa y cualitativa, la concreta pena a imponer. El sistema judicial español -huelga tal vez decirlo- no está preparado para soportar este nuevo escenario procesal. Su congestión y la falta de medios hacen que sea prácticamente imposible que se celebren todos aquellos juicios en los que se planteen (con un mínimo de seriedad, claro está³⁷⁷) vulneraciones de derechos fundamentales. No en vano, han existido incluso casos en los que los Tribunales han sancionado el ejercicio del derecho de defensa por parte de los acusados, quienes rechazaron la conformidad ofrecida por el Ministerio Fiscal con carácter previo al juicio oral, imponiéndoles una pena mayor a la ofrecida. Comportamiento de los Tribunales ordinarios que ha sido tachado de irrazonable y constitucionalmente inadmisibles por lesiva de los derechos fundamentales a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable (art. 24.2 CE) por parte del TC en sus Sentencias núm. 75 y 76/2007, de 16 de abril.

Los dos únicos procesos en los que, hasta donde alcanzamos, se ha sometido a la consideración del Tribunal la procedencia de apreciar una atenuante analógica por vulneración de derechos fundamentales ante una eventual obtención inconstitucional de fuentes de prueba han tenido lugar, el primero, ante la Audiencia Provincial de Burgos, y, el segundo, ante la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca. Estos planteamientos han dado lugar a cuatro sentencias:

1.- SAP Burgos, Sección 1ª, núm. 61/2011, de 24 de febrero.

³⁷⁷ Pues tampoco se nos oculta que resulta habitual que, ante la falta de argumentos defensivos, los Abogados recurran al siempre cómodo tema de la vulneración de derechos fundamentales (normalmente, denunciando la falta de motivación del Auto habilitante de la injerencia en los mismos), independientemente de que sea evidente que tal violación no ha tenido lugar, lo cual, resulta reprochable aunque legítimo -que no útil y efectivo- en términos de defensa. Además, este abuso del argumento relativo a la vulneración de derechos fundamentales genera un serio peligro: que los Juzgados y Tribunales acaben por no tomarse tan en serio como es debido las alegaciones sobre el particular, al considerarlo un cajón de sastre para el elenco defensivo.

2.- STS núm. 870/2012, de 30 de octubre (resolviendo el recurso de casación interpuesto contra la anterior).

3.- SAP Palma de Mallorca, Sección 2ª, núm. 60/2012, de 31 de mayo.

4.- STS núm. 649/2013, de 11 de junio (resolviendo la casación formalizada contra la anterior).

Comenzando, en el orden cronológico expuesto, debe descartarse como objeto de análisis la primera de las citadas en cuanto que, incomprensiblemente, a pesar de que una Defensa planteó la atenuante analógica a las dilaciones indebidas por vulneración de derechos fundamentales (concretamente, el derecho al secreto de las telecomunicaciones ex artículo 18.3 CE), la Sala se limitó a responder que no se había producido dilaciones indebidas en el proceso.

Por fortuna, la STS núm. 870/2012, que resuelve el recurso de casación interpuesto contra la anteriormente citada, a pesar de estimar vulnerado el derecho fundamental invocado, anular las escuchas telefónicas y el material obtenido merced a las mismas, y casar y anular la Sentencia absolviendo al recurrente, entra (por fortuna; pues, en puridad, era innecesario) a analizar la cuestión, que había sido planteada de modo subsidiario (esto es, para el caso de que no se absolviera al recurrente). En síntesis, el TS rechaza la viabilidad de apreciar la atenuación propuesta al estimar que no existe analogía entre la vulneración del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones y el derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas porque estas últimas son un mal incomparablemente mayor.

Más concretamente, el TS sostiene que no es solamente la existencia de un perjuicio para el imputado el fundamento de la atenuación por dilaciones indebidas, sino que lo relevante es, de un lado, que tal perjuicio se refleje en "*manifestaciones concretas más allá de la genérica vulneración de un derecho fundamental*" (v.gr., que se tenga que sufrir la ejecución de la pena mucho después del momento que correspondería de no haberse producido esas dilaciones), y, de otro, que uno de los fundamentos de la

atenuante (parece que el más importante para el TS) sería la inexistencia de otro remedio de compensación dentro del proceso penal que no sea la disminución de la pena, lo que determinaría que, comoquiera que la vulneración de derechos fundamentales, una vez apreciada, se remediaría con la expulsión de los medios de prueba que tengan su origen en aquélla, desaparecería uno de los fundamentos esenciales de la atenuante.

La SAP de Palma de Mallorca, dictada con carácter previo a la STS comentada *supra*, contiene un razonamiento más simple y también más débil que los plasmados en esta última. El Tribunal, a pesar de reconocer en el pórtico inaugural de su Fundamento Jurídico Cuarto que una de las Defensas³⁷⁸ *"ha abanderado, y sostenido con brillantez"* la concurrencia de la expresada atenuante, acaba concluyendo -a los meros efectos dialécticos, a la vista de su posición en cuanto a la eventual violación de derechos fundamentales invocada como cuestión previa-, que no concurriría la tan traída atenuante *"porque la atenuante de dilaciones indebidas ha ganado carta de naturaleza con su introducción, como sexta en el artículo 21 del Código Penal, por su antes consolidada creación jurisprudencial (y ninguna otra causa de atenuación se había contemplado, distinta a las dilaciones indebidas, en la jurisprudencia); además tal atenuante de dilaciones se circunscribe a tales (dilaciones), por lo que solo muy forzadamente entendemos que quepa buscarle un fundamento más allá del tenor literal con el que ha accedido al Código, pues, si el Legislador hubiera querido introducir como atenuante genérica y nominada la de vulneración de derechos fundamentales, no había ninguna dificultad técnica para describirla así de modo expreso"*.

La STS núm. 649/2013 convalida tácitamente la indicada argumentación al limitarse a negar la mayor, en cuanto que considera "inexistente" la circunstancia analógica de vulneración de derechos fundamentales, cuya sola enunciación -dice la Sentencia- *"basta para constatar lo inapropiado de su cita, pues, obvio es decirlo, la infracción de derechos fundamentales arrastra la nulidad de las pruebas obtenidas directa*

³⁷⁸ Concretamente quien suscribe, en su condición de Abogado defensor de dos de los acusados.

o indirectamente, como se dispone en el art. 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, pero desde luego no puede servir para aminorar la respuesta penal que sea procedente, como si de una especie de injusto de menor entidad se tratara”.

No podemos compartir los argumentos de las resoluciones comentadas, por lo que se dirá a continuación.

4.5.1. Los argumentos contenidos en la STS 870/2012

Desde nuestro punto de vista, los argumentos empleados por esta resolución son criticables, por las siguientes razones:

a) De un lado, no puede perderse de vista que las dilaciones indebidas afectan igualmente a un derecho fundamental, de igual rango y protección constitucional (y en los textos internacionales de derechos humanos) que el secreto de las comunicaciones, de modo que no cabe degradar ni escalonar los distintos derechos fundamentales reconocidos en nuestra Carta Magna, que, dicho sea de paso, vinculan por igual a los Poderes Públicos (artículo 53.1 CE) y gozan de acceso al recurso de amparo (artículo 53.2 CE)³⁷⁹.

b) De otro lado, por lo que se refiere a la alegada inexistencia de otro remedio de compensación o reparación, cumple argumentar que no es cierto, pues, amén de que no abarca toda la casuística posible (por ejemplo, nunca va a poder solucionarse el impacto psicológico de la prueba ilícitamente obtenida en el juzgador y en el acusado, que tal vez determine su inexorable confesión, independientemente del consejo que le brinde su Defensa técnica, rendido ante la evidencia del hallazgo y lo difícil que resulta asimilar -incluso para los técnicos en Derecho- la regla de exclusión probatoria), no toda violación de derechos fundamentales es plena ni parcialmente reparable. Piénsese en la vulneración del derecho a la libertad. Sobradamente conocida

³⁷⁹ Es más, por la misma regla de tres, cualquier vulneración del derecho fundamental a la libertad se hallaría indudablemente en un rango superior al derecho a un proceso sin dilaciones indebidas y, sin embargo, el TS parece no dispuesto a aceptar la integración de tal vulneración en la atenuación analógica.

es la restrictiva jurisprudencia contencioso-administrativa de la Audiencia Nacional (AN) y del TS sobre la responsabilidad patrimonial del Estado por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia³⁸⁰, que exige una inexistencia objetiva del hecho para indemnizar³⁸¹, sin necesidad de previa declaración de error judicial, la injusta privación de libertad³⁸².

Más concretamente, en los casos de prisión preventiva seguida de posterior absolución merced a la declaración de ilicitud de las pruebas de cargo, la jurisprudencia se ha mostrado unánime al rechazar la concesión de

³⁸⁰ Como lo ponen de relieve los plásticos títulos elegidos por RODRÍGUEZ RAMOS, L., “La irresponsabilidad patrimonial de la Administración de Justicia. El Ancien Régime aún persiste en el siglo XXI”, *Diario La Ley* núm. 7.835, Sección Doctrina, 11 de abril de 2012, Año XXXIII, Editorial La Ley, así como “Irresponsabilidad patrimonial del Estado juzgador. Anacronismos absolutistas o totalitarios a erradicar”, *Diario La Ley* núm. 8.196, Sección Doctrina, 21 de noviembre de 2013, Año XXXIV, Editorial La Ley.

Sobre esta cuestión, *vid.* el exhaustivo trabajo de TAPIA FERNÁNDEZ, I., “La responsabilidad patrimonial del Estado por la actuación de la Administración de Justicia en el ordenamiento jurídico español”, *Justicia*, 2013, núm. 2, pp. 69 a 159.

³⁸¹ Si es que puede considerarse que es posible realmente indemnizar semejante grave violación de un derecho fundamental tanpreciado y, además, puede considerarse mínimamente colmado con las irrisorias cifras que vienen fijando los Tribunales.

³⁸² En efecto, a partir de sendas SSTs de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª, de 23 de noviembre de 2010 (RJ 2010\8628 y 2010\8629), el Alto Tribunal pasó a considerar que el primer presupuesto exigido por el artículo 294.1 LOPJ para indemnizar la prisión preventiva seguida de sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento libre, a saber, la “inexistencia del hecho imputado”, debía interpretarse como una inexistencia objetiva del hecho en sentido estrictísimo, quedando, pues, *extramuros* del ámbito de aplicación de la norma la inexistencia subjetiva, esto es, los supuestos de existencia objetiva del hecho “*con prueba de no haber participado en él*” (nótese que ni siquiera se venía entendiendo como inexistencia subjetiva la absolución por falta de pruebas que impone el respeto a la presunción de inocencia, lo que justifica que haya utilizado el superlativo de estricto a la hora de calificar la doctrina asentada en 2010). Así pues, excepto en los supuestos de prisión preventiva con ulterior absolución o sobreseimiento libre por inexistencia objetiva del hecho, la jurisprudencia reenvía al absuelto que ha padecido prisión preventiva al cauce contemplado en el art. 293 LOPJ, que exige previa declaración de error judicial, lo que determina que se trata de un mecanismo —en palabras de MANZANARES SAMANIEGO, J.L., “La responsabilidad patrimonial por prisión provisional”, *Diario La Ley* núm. 7761, Sección Doctrina, La Ley, 23 de diciembre de 2011- aún más exigente y de procedimiento más complicado. La expresada línea jurisprudencial se ha mantenido de modo constante y sin fisuras hasta la actualidad. *Vid., ad exemplum*, la STS Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 4ª, de 29 de abril de 2013 (RJ 2013/3585), que, además, considera integrada en la inexistencia objetiva no sólo la inexistencia material del hecho delictivo, sino también la “*existencia de un hecho atípico por no concurrir los elementos objetivos y/o subjetivos del tipo penal*”.

Criticando la “excusa” ofrecida por el TS para tan inopinado cambio de doctrina jurisprudencial (el supuesto cuestionamiento de su anterior doctrina por parte de las SSTEDH de 25 de abril de 2006, asunto *Puig Panella* contra España y de 13 de julio de 2010, asunto *Tendam* contra España), la aplicación retroactiva de la nueva línea jurisprudencial incluso a las reclamaciones de indemnización interpuestas con un “horizonte claro” bajo el imperio de la “reiterada, unánime, monolítica” doctrina anterior, así como la inviabilidad de que el justiciable acuda a otros cauces en aras a lograr ser indemnizado, *vid.* TAPIA FERNÁNDEZ, I., “La responsabilidad patrimonial del Estado...”, *op. cit.*, pp. 139 y ss.

indemnización alguna. Así, en la STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª (RJ 2007\7141), en un supuesto de intervenciones telefónicas declaradas nulas por el Tribunal encargado del enjuiciamiento, cuyo contenido, amén de constituir una prueba de cargo contra el acusado reclamante, dio lugar incluso a su confesión sumarial (lo que se consideró prueba refleja), se determinó la improcedencia de indemnización al haber sido absuelto el acusado por falta de prueba lícita.

En la SAN, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª, de 30 de junio de 2010³⁸³, se expresa claramente el sentir de la jurisprudencia sobre la cuestión: *“No se puede confundir el **defecto** o insuficiencia en la prueba acerca de la participación delictiva con la inexistencia de delito o acreditada falta de participación del imputado. Y es que, como se sigue de la sentencia que nos ocupa, se parte de la existencia de la prueba, aunque el Tribunal penal entienda, **al valorarla al momento de dictar sentencia**, que no es apta para fundamentar una sentencia condenatoria, lo que excluye que pueda hablarse de prueba de la inexistencia de hecho imputado o ausencia acreditada de participación o inexistencia de acción típica -por no contemplarse los elementos objetivos y subjetivos requeridos por el precepto penal-, o lo que es lo mismo, de hecho delictivo alguno”* (la negrita es nuestra).

Por su parte, en la Sentencia de la misma Sección de 17 de enero de 2011 se insistió en desestimar la indemnización debido a que *“la absolución de la ahora parte demandante se basó en la ausencia de pruebas inculpatorias como consecuencia de la nulidad de las intervenciones telefónicas de referencia, de tal forma que el pronunciamiento absolutorio del aquí recurrente se inspiró en el principio de presunción de inocencia ante la ausencia de una prueba válida incriminatoria”*. Por último, en la STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª, de 14 de octubre de 2011 (RJ

³⁸³ Confirmada por la STS, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 4ª, de 14 de febrero de 2012 (RJ 2012\3988), mas ya con constantes alusiones al cambio de doctrina operado el 23 de noviembre de 2010 (con anterioridad, pues, al dictado de la Sentencia recurrida).

2012\3445), se expresa que “a los efectos del artículo 294 LOPJ los supuestos de absolución por haberse obtenido irregularmente la prueba de cargo no son “per se” casos de inexistencia del hecho, sino más bien casos de inexistencia de prueba de cargo y consiguiente prevalencia de la presunción de inocencia”.

Se observa, por tanto, cómo la jurisprudencia entronca el fundamento constitucional de la regla de exclusión en el derecho fundamental a la presunción de inocencia y, a partir de ahí, considera que no se está ante una inexistencia del hecho. Desde nuestra perspectiva, debiera cuestionarse, en primer lugar, ese fundamento excluyente de la regla de exclusión en la presunción de inocencia del que parece partir la jurisprudencia, pues ya hemos defendido *supra*³⁸⁴ que sólo en un tercer estadio puede considerarse que el derecho afectado sea la presunción de inocencia, resultando que previamente habrá sido vulnerado un derecho material y, acto seguido, el derecho a un proceso con todas las garantías; y, en segundo lugar, debiera repararse en que si los encargados de la investigación penal y/o del control judicial no hubiesen ejecutado o coadyuvado a la violación del derecho material afectado o, al menos, el Juez de Instrucción no hubiese admitido la incorporación del resultado de las diligencias inconstitucionales al proceso, con la consiguiente afectación del derecho a un proceso con todas las garantías, ni siquiera habría existido la posibilidad de acordar la prisión preventiva al no concurrir indicios racionales de criminalidad en los que sustentarla, ni a que llegara a celebrarse un juicio oral en el que entrara en juego la presunción de inocencia (como regla de juicio). Adquiere en este punto una importancia capital el tratamiento procesal de la prueba ilícita, en cuanto que si, como hemos avanzado y desarrollaremos *infra*³⁸⁵, la misma, de haberse incorporado al proceso, debe ser expulsada inmediatamente a fin de que no despliegue ningún efecto directo o indirecto, no se dará pie

³⁸⁴ Capítulo I.

³⁸⁵ Capítulo V.

siquiera a la privación de libertad de un ciudadano (al menos no a su ingreso en prisión preventiva) merced al material contaminado.

En suma, pues, no creemos descabellado sustentar (dejando ahora en un segundo plano la estricta línea jurisprudencial marcada el tan manido 23 de noviembre de 2010) el anormal funcionamiento de la Administración de Justicia (o incluso la existencia de una causa analógica de atenuación de la responsabilidad) en los siguientes supuestos:

1º.- La violación misma de los derechos fundamentales del investigado;

2º.- La indebida incorporación de los resultados de esa violación al proceso;

3º.- La improcedente postergación del debate acerca de su exclusión procesal;

4º.- La errónea decisión de considerar lícito lo ilícitamente obtenido; y, corolario de lo anterior, la existencia misma del proceso al haberse iniciado con material inconstitucionalmente obtenido y no haberse decretado el sobreseimiento cuanto antes. Máxime si, a modo de guinda, de todo ello se ha seguido una indebida privación de libertad del afectado por la diligencia inconstitucional.

Existe una única resolución del TS que puede encajar en nuestra argumentación o, mejor, ayudarnos a comprender el sentido último de nuestro posicionamiento. En efecto, la Sección 6ª del expresado Tribunal, en su Sentencia de 20 de octubre de 2010 (RJ 2010\7415), resolvió un supuesto de nulidad de escuchas telefónicas como un caso de inexistencia objetiva del hecho susceptible de ser cobijado en el artículo 294 LOPJ. En efecto, esta aislada resolución concedió la indemnización en un supuesto en el que el Tribunal encargado del enjuiciamiento, con estimación de la cuestión previa planteada por las Defensas al inicio de la vista oral, dictó un Auto de sobreseimiento libre ex artículo 637 LECrim., al considerar que las intervenciones telefónicas que conformaban el inicio y la instrucción de la causa habían sido obtenidas con vulneración del derecho fundamental al

secreto de las comunicaciones. Así las cosas, ya no se estaba ante una absolución por falta de pruebas, sino ante algo distinto: *"El auténtico sentido de la declaración que el Tribunal penal hace, partiendo de la nulidad radical de todas las pruebas practicadas, declarando el sobreseimiento libre de lo actuado y con ello la inexistencia de hecho delictivo, determina, por el contrario, la procedencia del reconocimiento de responsabilidad (...) ya que, como afirmamos en sentencia de 27 de abril de 2005 (RJ 2005, 4977) y reiteramos en la de 20 de septiembre de 2006 (RJ 2006, 8813), al no aparecer justificada la perpetración del delito, ello supone que los hechos tomados en consideración por el Juez de lo Penal no resultan incardinables en el tipo penal (...)".*

Concluimos, pues, la inadecuación³⁸⁶ y la insuficiencia de otras medidas reparadoras que pudieran plantearse en el plano meramente teórico, sin que se alcance a comprender por qué una supuesta indemnización económica tiene que ser suficiente para compensar una privación de libertad y no, en cambio, para reparar retrasos injustificados en la tramitación de la causa.

Y, en fin, lo que es peor, a continuación del argumento expuesto (inexistencia de otro remedio de compensación o reparación), el TS traiciona sus propios postulados al afirmar que *"precisamente por eso se modera la compensación si el acusado no tuvo tal perjuicio [lo que el TS llama "manifestaciones concretas más allá de la genérica vulneración de un derecho fundamental"] al estar sufriendo ya condena por otra pena"*, cualificándose la atenuación únicamente si realmente existe un *plus* de daño. Así, con este razonamiento, el TS debería apreciar, cuando menos, la atenuación ordinaria simple ante la vulneración de cualquier derecho fundamental, existan o no -se insiste- *"manifestaciones concretas más allá de la genérica vulneración de un derecho fundamental"*.

³⁸⁶ Vid. CASTRO MORENO, A., "Sobre la atenuante...", *op. cit.*, pp. 7 *in fine* y 8 *ab initio*.

c) En tercer lugar, entendemos que con la resolución objeto de comentario el TS contradice su inveterada doctrina sobre las circunstancias atenuantes analógicas, en cuanto que, cuando menos en el plano teórico, ha reconocido y catalogado como uno de los supuestos que pueden fundamentar la apreciación de la expresada atenuación la vulneración de derechos fundamentales, independientemente de que hasta la fecha tan sólo haya apreciado como tal la violación del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. En efecto, la STS núm. 922/2012, de 20 de diciembre, que es posterior a la que estamos comentando, afirma sin ambages que: *"Como ha señalado esta Sala, por ejemplo STS núm. 104/2011, de 1 de marzo, para que una atenuante pueda ser estimada como analógica ha de atenderse a la existencia de una semejanza de sentido intrínseco entre la conducta apreciada y la definida en el texto legal como circunstancia atenuante expresamente prevista por el Legislador, desdeñando meras similitudes formales y cuidando de no abrir un indeseable portillo que permita, cuando falten requisitos básicos de una atenuante reconocida expresamente, la creación de atenuantes incompletas que no han merecido ser recogidas legalmente.*

*Esta Sala, con un criterio muy amplio, considera que pueden ser apreciadas como circunstancias atenuantes por analogía: a) en primer lugar, aquellas que guarden semejanza con la estructura y características de las cinco restantes del art. 21 del Código penal; b) en segundo lugar, aquellas que tengan relación con alguna circunstancia eximente y que no cuenten con los elementos necesarios para ser consideradas como eximentes incompletas; c) en un tercer apartado, las que guarden relación con circunstancias atenuantes no genéricas, sino específicamente descritas en los tipos penales; d) en cuarto lugar, las que se conecten con algún elemento esencial definidor del tipo penal, básico para la descripción e inclusión de la conducta en el Código penal, y que suponga la ratio de su incriminación o esté directamente relacionada con el bien jurídico protegido; e) **por último, aquella analogía que esté directamente referida a la idea genérica que básicamente informan los demás supuestos del art. 21 del Código penal, lo que, en ocasiones, se ha traducido en la consideración de la***

atenuante como efecto reparador de la vulneración de un derecho fundamental, singularmente el de proscripción o interdicción de dilaciones indebidas" (la negrita es nuestra).

Y parece claro que "singularmente" no es sinónimo de "exclusivamente", ni hay razón válida para restringir y "premiar" únicamente la vulneración de un derecho fundamental.

d) Finalmente, como matiza la STS núm. 104/2011, de 1 de marzo, *"la atenuante de análoga significación no puede alcanzar nunca al supuesto de que falten los requisitos básicos para ser estimada una concreta atenuante, porque ello equivaldría a crear atenuantes incompletas o a permitir la infracción de la norma, pero **tampoco puede exigirse una similitud y una correspondencia absoluta entre la atenuante analógica y la que sirve de tipo, pues ello equivaldría a hacer inoperante el humanitario y plausible propósito de que hablaba la sentencia 28.1.80*** (RJ 1980, 251), (SSTS. 27.3.83, 11.5.92 (RJ 1992, 3853), 159/95 de 3.2 (RJ 1995, 869), lo mismo en SSTS. 5.1.99, 7.1.99, 27.1.2003, 2.4.2004 (RJ 2004, 3431))" (la negrita es nuestra).

4.5.2. Los razonamientos contenidos en la SAP de Palma de Mallorca, Secc. 2ª, 60/2012

En lo que se refiere a la SAP de Palma de Mallorca, ya se ha avanzado que parte de un razonamiento más simple y débil. En nuestra opinión, el Tribunal *a quo* erró en su planteamiento, en cuanto que, precisamente, desde la reforma penal de 2010, al configurarse la atenuante de dilaciones indebidas de forma autónoma y diferenciada de la atenuante analógica, ésta amplía necesariamente su ámbito de aplicación a situaciones de idéntico fundamento atenuatorio. Y éste no es otro que la compensación de un mal injusto soportado por los inculpados, con disminución, por ello, de la pena a imponer. ¿Y -se insiste- qué duda cabe que la violación de un derecho fundamental constituye un mal injusto?

4.5.3. Nuestra conclusión

En todo este tema, juega un importante papel el Ministerio Fiscal, de suerte que, en ejercicio de la relevante misión que le atribuyen los artículos 124 CE (promover la acción de la Justicia en defensa de la legalidad y de los derechos de los ciudadanos) y 3.3 del EOMF (velar por el respeto de los derechos fundamentales y libertades públicas con cuantas acciones exija su defensa), si éste verifica el cercenamiento de algún derecho fundamental y, en su caso, corrobora que, ante la expresada vicisitud, la confesión del acusado deviene eficaz para la consecución de los fines de la Justicia, debe ser su representante quien ofrezca o, cuando menos, acepte concordar la aplicación de una o dos (según los casos) circunstancias atenuantes analógicas, evitando así la celebración de juicio. No obstante, actualmente, salvo en honrosas excepciones, la realidad es otra. El Ministerio Público suele oponerse a las vulneraciones de derechos fundamentales que postulan los acusados y son estimadas por el Tribunal, recurriendo incluso la decisión de éstos. Baste con realizar un somero recorrido jurisprudencial por las últimas sentencias en las que las Audiencias y/o el TS han estimado vulnerado algún derecho fundamental: en la abrumadora mayoría de los casos el Ministerio Fiscal se había opuesto al planteamiento del acusado, lo que necesariamente recuerda a la descripción que CALAMANDREI³⁸⁷ llevó a cabo sobre dicho Ministerio como un *“antagonista oficial del Abogado defensor”*, de tal manera que *“a la natural parcialidad del defensor”* se uniría *“una especie de parcialidad artificial, destinada a alimentar desinteresadamente la polémica, de la cual tiene necesidad el Juez para sentirse por encima de ellos”*.

Sea como fuere, aun acatando, a los meros efectos dialécticos y en sus estrictos términos, las restricciones impuestas por la aislada STS núm. 870/2012, consideramos que aquellos supuestos en los que, constatándose la vulneración de un derecho fundamental en la obtención de fuentes probatorias, el Juez o Tribunal no haya sancionado la misma con la nulidad en aplicación de la muy discutible tesis de la "conexión de antijuricidad",

³⁸⁷ CALAMANDREI, P., *Elogio de los Jueces escrito por un Abogado*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Trad. Sentís-Medina, Buenos Aires, 1980, p. 129.

serían acreedores de la atenuación analógica. Y, a estos efectos, repárese en que en los supuestos en que se permite que la prueba causalmente conectada con la violación del derecho fundamental surta efectos en el proceso al echarse en falta la conexión jurídica (con la consecuente creación de excepciones a la doctrina arbórea), existirá una identidad absoluta de fundamento con la atenuante de dilaciones indebidas. Y es que se cumplirían las dos estrictas exigencias marcadas por la tan traída STS 870/2012: de un lado, el perjuicio se reflejaría en *"manifestaciones concretas más allá de la genérica vulneración de un derecho fundamental"*, en cuanto que el material obtenido surtiría efectos en el proceso coadyuvando o determinando la destrucción de la presunción de inocencia (amén de la restricción de la libertad en caso de adoptarse medidas cautelares personales) y, de otro, no existiría otro remedio de compensación dentro del proceso penal que no sea la disminución de la pena, de suerte que, recuérdese, merced a la tesis de la conexión de antijuricidad no se decretaría nulidad alguna. Habrá que esperar para ver qué solución adopta la jurisprudencia.

Con todo, muy recientemente, se ha abierto una puerta a la esperanza de suerte que la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Málaga, en su Sentencia núm. 535/2013, de 4 de octubre, dictada en el denominado "caso Malaya", ha sido pionera al apreciar la circunstancia atenuante de vulneración de derechos fundamentales por irregular detención de algunos acusados³⁸⁸ *"a fin de compensar el innecesario sufrimiento padecido"* por los mismos. A pesar de que consideramos que debemos celebrar el talante y la valentía del Tribunal, la resolución (que ha sido recurrida por la Fiscalía ante el Tribunal Supremo³⁸⁹, estando actualmente pendiente de admisión a trámite) resulta

³⁸⁸ Vid. las pp. 2 a 14 del Tomo V de la expresada resolución judicial.

³⁸⁹ También en lo que a la *"indebida aplicación de una circunstancia de atenuación analógica, por "detención irregular (sic)"* respecta (motivo trigésimo tercero de su recurso), por el cauce de la infracción de ley (art. 849.1º LECrim.). Del escueto motivo articulado por el Ministerio Público —en estos momentos, como el resto de motivos, pendiente de admisión a trámite— resultan de interés los siguientes aspectos:

1º.- El Fiscal ante el TS critica la apreciación de la atenuante analógica de modo genérico, sin descender siquiera a analizar mínimamente algunas de las reflexiones empleadas por el Tribunal de instancia, lo cual resulta, a nuestro juicio, congruente con el cauce casacional empleado (infracción de ley), que exige que la discrepancia se articule respetando la intangibilidad del *factum*: *"Podríamos cuestionar bastantes de los argumentos de la*

confusa e incongruente con sus propios postulados en cuanto que, a pesar de que afirma que *“lo verdaderamente esencial a efectos de autorizar una atenuación de responsabilidad criminal lo encontramos únicamente en la insuficiencia del auto acordando la detención de determinados procesados, y sobre todo la transgresión del límite constitucional de detención judicial, fijado en 72 horas, y que con respecto a algunos procesados concretos se ha sobrepasado injustificadamente”*, lo que el Tribunal reputa una violación del derecho a la libertad *“por la irregular forma y plazo de la detención”*, en realidad, únicamente aplica la expresada atenuante analógica a los acusados que estuvieron detenidos durante un tiempo superior al legalmente establecido como límite absoluto, sin más consideraciones en cuanto a la improcedencia misma de las detenciones³⁹⁰.

Audiencia Provincial en apoyo de su tesis. Pero no es esta, en todo caso la causa de nuestra discrepancia”.

2º.- El recurrente, pues, *“aceptando siquiera sea a los meros efectos dialécticos, que la detención no se efectuó en la forma y con las circunstancias más adecuadas”*, muestra su discrepancia con la *“trascendencia jurídico-procesal”* otorgada por los Magistrados a quibus a tal *“anomalía”*, esto es, con la solución *“absolutamente novedosa”* consistente en apreciar concurrente la atenuante analógica. El Ministerio Fiscal, tras dejar constancia de que, pese a sus esfuerzos, no ha hallado en la jurisprudencia del TS ningún caso en el que la vulneración de un derecho fundamental de un acusado acarrearra una rebaja de la pena, concluye que *“no existe jurisprudencia sobre el tema por cuanto ni la hay ni sería lógico que la hubiera”*.

3º.- El argumento central del recurrente consiste en hacer ver al Tribunal de casación que el Derecho *“tiene respuestas contundentes para este tipo de situaciones”*, mencionando, concretamente, la compensación económica por mal funcionamiento de los servicios públicos (art. 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre) y el ejercicio de acciones civiles y penales contra el funcionario o autoridad responsable de la irregularidad constatada.

4º.- Por ello, el recurrente considera *“injusta”* la solución ofrecida por la Sala de instancia *“entre otras cosas por cuanto vulnera el principio de igualdad, al condenar a los distintos partícipes de un mismo hecho, con una penalidad absolutamente distinta, en base a hechos absolutamente ajenos a la antijuricidad de la conducta o al reproche que merezcan por el hecho cometido”*.

³⁹⁰ Incomprensiblemente, la Sentencia cierra el capítulo de la atenuante analógica de vulneración de derechos fundamentales expresando que *“huelga hablar de proceso justo desde el momento en que a raíz del mismo, cual es la detención del imputado ha sido censurada nada menos que por el Tribunal Constitucional por inmotivada e innecesaria, lo que a juicio de esta Sala deben tener la atenuación punitiva demandada por las defensas”*. En efecto, uno de los diez acusados a los que finalmente se les apreció la tan traída circunstancia atenuante analógica había obtenido con anterioridad al juicio oral dos Sentencias del Tribunal Constitucional (pese a no identificarse en la SAP, se trata de las SSTC 179 y 180/2011, de 21 de noviembre), ambas concediéndole el amparo, en primer lugar, por haber sido detenido sin la adecuada ponderación de un fin legítimo que lo justificara (STC 179/2011) y, en segundo lugar, por el exceso del plazo máximo absoluto establecido para la detención (STC 180/2011). Y decimos que este colofón deviene incomprensible porque la SAP no estima la concurrencia de la atenuante por la falta de motivación y necesidad de las detenciones, sino por la transgresión del plazo máximo constitucionalmente fijado. En cualquier caso, insistimos, la iniciativa de la Audiencia de Málaga puede abrir la puerta a la (mínima) compensación de muchas detenciones ilegales

En íntima conexión con lo anterior, otra compensación para aquellos acusados que hayan padecido una restricción o privación de su libertad personal por mor de fuentes de prueba que posteriormente, en el curso del proceso, se declare que fueron obtenidas de modo inconstitucional debería ser la apreciación de la expresada atenuante analógica de vulneración de derechos fundamentales, en cuanto que su derecho a la libertad se habrá visto afectado merced a una intromisión ilegítima en la esfera de algún otro derecho material (intimidad, secreto de las comunicaciones, inviolabilidad domiciliaria, etc.)³⁹¹, no pudiendo equipararse, desde luego, el padecimiento de quien sufre una injerencia en alguno de estos últimos derechos sin merma de su libertad personal con el de aquel otro cuya libertad haya sido restringida o sustraída merced a una diligencia de investigación inconstitucionalmente acordada y/o ejecutada. Esta atenuante, fundamentada en la indebida o excesiva restricción³⁹² o privación del derecho fundamental a

(policiales, en este caso) que vienen produciéndose habitualmente y que no hallan respuesta ni corrección judicial. Sobre esta problemática, *vid.* CAMPANER MUÑOZ, J., “Hacia el 30º aniversario de la trivialización de las detenciones ilegales. O de la inoperancia del procedimiento de *Habeas Corpus*”, *Diario La Ley* núm. 8.140, 3 de septiembre de 2013, Sección Doctrina.

³⁹¹ No se nos pasa por alto que el problema radicarán en que no será nada fácil determinar *ex post* si la restricción o la privación de la libertad personal se fundamentó en su día exclusivamente en los elementos incriminatorios obtenidos con vulneración de derechos fundamentales y/o si, eliminados mentalmente de las actuaciones, se hubiera decretado o mantenido el mismo tiempo la medida cautelar personal de que se trate, máxime cuando, no se olvide, se está partiendo de un supuesto en el que, una vez aplicada por el Juez o Tribunal la regla de exclusión probatoria *ex art.* 11.1 LOPJ, subsisten contra el acusado - otrora detenido y/o imputado- determinados elementos de cargo hábiles para destruir la interina presunción de inculpabilidad. En cualquier caso, la casuística puede llegar a ser amplísima y tales elementos podrían no existir al tiempo de que el acusado sufriera la indicada restricción de su libertad personal y/o o que la prueba de cargo consistiera en su mera confesión, según avala, como hemos visto, la línea jurisprudencial dominante.

³⁹² Muy recientemente se ha abierto otro frente de interés a los efectos que ahora nos ocupan: la compensación de las *restricciones* de la libertad personal. En efecto, el pasado 13 de diciembre de 2013, el Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del TS acordó que: “La obligación de comparecencia periódica ante el órgano judicial es la consecuencia de una medida cautelar de libertad provisional. Como tal medida cautelar puede ser compensada conforme al artículo 59 del Código Penal atendiendo al grado de aflictividad que su efectivo y acreditado cumplimiento haya comportado”. Pionera en la aplicación de este Acuerdo ha sido la STS núm. 1.045/2013, de 7 de enero de 2014 (de hecho, se prorrogó el término para dictar sentencia hasta la celebración del indicado Pleno). La mayoría del Tribunal, en contra del criterio de dos Magistrados discrepantes, concluyó que “el abono del tiempo durante el que ha estado vigente la medida de libertad provisional, con la consiguiente obligación de comparecencia por parte del imputado, es un deber derivado de los principios que latén en la regulación de los arts. 58 y 59 del CP. La lectura de ambos preceptos evidencia el carácter imperativo de la previsión legal. Y el criterio de compensación ha de ser expresión de los

la libertad personal resulta, a nuestro juicio, compatible con la propuesta *supra*, por vulneración de algún derecho fundamental en la obtención de las fuentes de prueba, en cuanto que las lesiones materiales recaen sobre derechos diferentes y, además, en momentos diversos. Por tanto, nada impediría la apreciación de dos o más circunstancias atenuantes a un mismo acusado, o, si se quiere, la cualificación de la más genérica atenuante analógica de vulneración de derechos fundamentales.

Consideramos que, de asentarse las propuestas plasmadas en los párrafos precedentes, ora por la vía de la consolidación jurisprudencial de las atenuantes postuladas, ora por su apreciación de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal, en la medida en que ello generaría una deseable seguridad jurídica, descendería el índice de litigiosidad penal en los supuestos en los que se tuviera previsto ventilar estas cuestiones relativas a la vulneración de derechos fundamentales y su reflejo penológico, sobre todo cuando los acusados llegan al juicio oral en situación de prisión preventiva. Repárese en que, con la situación actual, el acusado que considera que han sido vulnerados sus derechos fundamentales y, con el material inconstitucionalmente obtenido carece de defensa "de fondo" porque éste evidenciaría su autoría, tiene que decidir entre dos opciones alternativas del todo excluyentes entre sí: defender la expresada vulneración en el juicio oral, guardando silencio (todo ello dando por supuesto que el efecto reflejo de la prueba ilícita alcanza todo el material de cargo) y arriesgarse a ser condenado a la pena que viene siendo solicitada por la Acusación u otra ligeramente inferior, o bien conformarse con esa pena ligeramente inferior, siempre dentro del marco legal correspondiente al delito por el que venga siendo acusado.

principios de proporcionalidad y culpabilidad". Así, el TS consideró equilibrado y razonable la compensación a razón de un día de prisión por cada diez comparecencias en la liquidación de condena definitiva. Críticos con esta solución, *vid.* ARRIBAS LÓPEZ, E., "El abono de las comparecencias ante Juzgado o Tribunal en días efectivos de prisión", *Diario La Ley* núm. 1447/2014, Sección Tribuna, 7 al 13 de abril de 2014; y MANZANARES SAMANIEGO, J.L., "El abono de las medidas cautelares en la duración de las penas", *Diario La Ley* núm. 1744/2014, Sección Doctrina, 21 al 27 de abril de 2014.

Veámoslo con un ejemplo real: un ciudadano, en prisión preventiva desde hace dos años, se enfrenta a una condena de nueve años de prisión por un delito contra la salud pública del artículo 368 del Código Penal, en relación con el artículo 369.1.5ª del mismo cuerpo legal, en su modalidad de sustancias que causan grave daño a la salud. Todo el material de cargo fue obtenido merced a una intervención telefónica acordada por el Juez de Instrucción con base en unas confidencias y algunas informaciones vagas e imprecisas (insuficientes para acordar la intervención telefónica) que plasmó la Policía en su oficio de solicitud de intervención. Evidentemente, el acusado no sabe cuál va a ser su suerte, esto es, si pese a que aparentemente han sido vulnerados sus derechos fundamentales y en virtud de la regla de exclusión no podría valorarse el acervo probatorio de cargo acopiado en su contra. De este modo, tendrá que optar entre que su Defensa plantee y obtenga la nulidad, en cuyo caso será absuelto, o que ésta sea rechazada y, por tanto, su condena no sea en ningún caso inferior a los seis años y un día de privación de libertad, ascendiendo a unos siete años y seis meses de prisión las condenas en supuestos similares. Es el dilema del todo o nada. *Tertium non datur.*

En este contexto, si se consolidara la jurisprudencia sobre las atenuantes postuladas y/o el Ministerio Fiscal las reconociera, ora podría simplificarse el juicio oral, ora evitarse, pues se habría introducido la siempre deseable seguridad jurídica. Al final saldría ganando la acción de la Justicia, al asegurarse la condena del culpable, pero también se lanzaría un mensaje a los investigadores para que procedieran, en lo sucesivo, de un modo constitucionalmente aceptable.

Siguiendo con el ejemplo planteado, el acusado gozaría de cierta certeza a la hora de tomar su decisión y, desde luego, se introduciría una tercera opción intermedia, mucho más práctica -sobre todo para el preso preventivo-, consistente en confesar a cambio de asumir una condena de entre un mínimo de un año y medio y un máximo de seis años de prisión, según la entidad de las circunstancias atenuantes analógicas que le sean finalmente apreciadas. Así, con carácter ordinario, el acusado podría ser

consciente de que, aun no aceptando el Ministerio Fiscal ninguna de estas atenuantes, el Tribunal, de apreciar la vulneración de derechos fundamentales le apreciaría una primera, además de una segunda merced a su confesión (e incluso una tercera, si su privación cautelar de libertad se fundamentó en las fuentes de prueba inconstitucionalmente obtenidas), con las consecuencias penológicas que les son propias (pena inferior en uno o dos grados). Y, evidentemente, de aceptar el Ministerio Público las tan traídas atenuantes, se evitaría la celebración de juicio, asumiendo el acusado una pena proporcionada, como pudiera ser, siguiendo con el ejemplo, cuatro años y seis meses de prisión. De este modo, el Ministerio Fiscal se aseguraría la condena del culpable (que peligraría muy seriamente en caso de sostener su inocencia en juicio por mor de la vulneración de derechos fundamentales) y éste vería de algún modo compensado el padecimiento de sus derechos, en cuanto que, amén de obtener una pena más baja que la que se le habría impuesto a cualquier otro acusado cuyos derechos fundamentales no hubieran sido lesionados en la investigación, podría aspirar a obtener beneficios penitenciarios inmediatamente desde la firmeza de la sentencia y ulterior clasificación en grado.

No obstante, insistimos en que estas propuestas las formulamos con carácter subsidiario, como “mal menor”, porque, en definitiva, se estaría utilizando la lesión de derechos fundamentales como “moneda de cambio”, de tal manera que los investigadores podrían perfectamente optar por una violación sistemática de los derechos fundamentales de los sospechosos en aras a la eficiencia represiva, estando aquéllos dispuestos a que el castigo que finalmente se imponga a los investigados sea cuantitativamente inferior al que le correspondería de haberse obtenido las fuentes de prueba de signo incriminatorio de modo lícito (si es que podrían haberse obtenido de este modo). Por tanto, existe el peligro de que se invierta el eventual efecto disuasorio de la regla de exclusión probatoria y el mensaje que se lance a los investigadores sea el de que pueden “limpiar las calles” a cualquier precio, aunque la pena será algo inferior a lo que correspondería en caso de no haberse cometido irregularidades, lo cual, en un contexto de endurecimiento

constante del Código Penal, no parece que tenga que suponer un verdadero problema.

Decíamos que este planteamiento deviene si cabe más práctico para los acusados que se hallan en prisión preventiva al tiempo del juicio oral porque el preventivo no puede ser acreedor de permisos de salida ordinarios a pesar de haber superado la cuarta parte de la eventual condena y observar buena conducta³⁹³, ni puede ser clasificado en grado, ni por ende, acceder a un régimen de semilibertad, al no ostentar la condición de penado³⁹⁴.

Así las cosas, debe tenerse presente que, incluso a los acusados que en el fondo no han participado en delito alguno (cuyos derechos fundamentales, no se olvide, también pueden ser vulnerados), en función del tiempo transcurrido en prisión preventiva a la fecha del juicio oral, en función de pena solicitada y ofrecida, les resulta más práctico asumir una condena que permanecer por más tiempo en la penosa situación de preventivo, quién sabe si hasta que el TS, hasta un año más tarde, restablezca el orden jurídico quebrantado. Por tanto, no se trata tanto de crear soluciones para individuos que realmente han participado en la perpetración de algún delito y cuyos derechos fundamentales hayan sido violados, sino, para todo acusado, sin distinción, que haya padecido tal intromisión ilegítima.

³⁹³ Presupuestos mínimos exigidos por el art. 47.2 de la Ley Orgánica 1/1979, General Penitenciaria (LOGP), en relación con el art. 154 del Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario.

³⁹⁴ Más extensamente, NISTAL BURÓN, J. "Vicisitudes penitenciarias de la prisión preventiva. Régimen penitenciario y principio constitucional de «presunción de inocencia»", *Diario La Ley* núm. 7.282, Sección Doctrina, La Ley, 12 de noviembre de 2009.

CAPÍTULO V

EL MOMENTO PROCESAL PARA DECIDIR ACERCA DE LA EXCLUSIÓN

5.1. STATU QUO

Como ha destacado MIRANDA ESTRAMPES³⁹⁵, la eficacia práctica de la teoría de la prueba ilícita depende, en gran medida, de la solución que se adopte en lo que a su tratamiento procesal se refiere.

Sin embargo, como señala DEL MORAL GARCÍA³⁹⁶, el ordenamiento jurídico ofrece una respuesta "*vaga, fragmentaria e insuficiente*" a la cuestión del tratamiento procesal de la prueba inconstitucionalmente obtenida, que, además, varía en función del tipo de procedimiento.

Más allá de la categórica dicción literal del artículo 11.1 LOPJ ("*no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales*"), no existe en la actualidad regulación legal del tratamiento de la prueba ilícita en el proceso penal, excepto -como se verá- en el procedimiento seguido por los trámites de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado (en lo sucesivo, LOTJ)³⁹⁷. De ahí que, a pesar de que en la práctica de los Juzgados y Tribunales españoles impere el criterio -inmotivado, por cierto- consistente en postergar a la fase de juicio oral el debate acerca de la aplicación de la regla de exclusión probatoria, decidiéndose al respecto en sentencia, parte de la doctrina³⁹⁸ se haya esforzado en recordar el carácter supletorio de la Ley de Enjuiciamiento Civil

³⁹⁵ MIRANDA ESTRAMPES, M., *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento...*, op. cit., pp. 145 y 146.

³⁹⁶ DEL MORAL GARCÍA, A., "Tratamiento procesal de la prueba ilícita por vulneración de derechos fundamentales", *Estudios Jurídicos* V-2001, Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, Madrid, 2001, p. 144.

³⁹⁷ Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, modificada por Ley Orgánica 8/1995, de 16 de noviembre.

³⁹⁸ *Vid.*, por todos, ASENSIO MELLADO, J.M., "La exclusión de la prueba ilícita en la fase...", op. cit.; DEL MORAL GARCÍA, A., "Tratamiento procesal...", op. cit., pp. 171 y 172.

(en adelante, LEC), concretamente al artículo 287 (*"Ilícitud de la prueba"*), que resulta, pues, aplicable a los procesos penales (artículo 4) si, como es el caso, existe una laguna legal.

A partir del artículo 287 LEC, como sintetizan DE URBANO CASTRILLO y TORRES MORATO³⁹⁹, a falta de regulación específica en el proceso penal de que se trate, la introducción por la LEC del expresado precepto tiene gran interés, en cuanto que del mismo se extraen los siguientes criterios sobre la operatividad de la regla de exclusión:

i) Puede plantearse tanto por las partes como de oficio por el órgano judicial.

ii) Ello, además, puede hacerse *"de inmediato"*, tan pronto como alguna parte entendiera que se ha vulnerado algún derecho fundamental en la obtención de alguna fuente de prueba.

iii) Exige debate contradictorio, con posibilidad de proposición de prueba al respecto.

iv) Se sustancia en el propio proceso, sin que sea precisa la apertura de incidente extraprocesal.

v) Cabe recurso de reforma contra la decisión relativa a la aplicación de la regla de exclusión y su alcance, y, si no fuera estimado, puede reproducirse en apelación.

Como señalan los autores de referencia, *"con la excepción de la limitación de las vías de reconsideración, porque en el proceso penal, existe, además, otro momento crucial, que es el del inicio de la vista oral, el resto de la regulación es perfectamente extrapolable a los procedimientos penales"*.

Veamos ahora, siquiera sea de modo muy sucinto y con anterioridad a analizar la viabilidad de aplicar el artículo 287 LEC en todo proceso penal, la

³⁹⁹ DE URBANO CASTRILLO, E. y TORRES MORATO, M.A., *La Prueba Ilícita...*, op. cit., p. 70.

eventual regulación del tema objeto de estudio en los diversos procesos penales:

5.1.1. Procedimiento Ordinario

No existe un trámite específico para debatir y, en su caso, decidir acerca de la eventual obtención de una diligencia probatoria con vulneración de derechos fundamentales.

Además, conviene precisar que, aunque en la práctica algunos Tribunales abren un turno de cuestiones previas con anterioridad a dar inicio a la práctica de la prueba por aplicación analógica de las previsiones contenidas, en sede de Procedimiento Abreviado, en el artículo 786.2 LECrim., cuando el Tribunal *a quo* ha denegado la apertura del expresado trámite en el Procedimiento Ordinario por falta de previsión específica, el TS no sólo ha constatado este extremo, sino que, además, se ha encargado de resaltar que en ningún caso se ha podido producir indefensión (*vid.*, por todos, ATS núm. 2.508/2006, de 28 de diciembre).

5.1.2. Procedimiento Abreviado

Como se ha avanzado en el apartado anterior, en este proceso existe un trámite específico para resolver la cuestión: la "audiencia saneadora" prevista en el artículo 786.2 LECrim. al comienzo de las sesiones del juicio oral, que consiste en que, a instancia de parte, el Juez o Tribunal abra *"un turno de intervenciones para que puedan las partes exponer lo que estimen oportuno acerca de [entre otras cuestiones] la vulneración de algún derecho fundamental"*.

La resolución que adopte el Tribunal, *"en el mismo acto"* dice la LECrim., sobre la cuestión es susceptible de protesta y, en su caso, reproducción en el recurso frente a la sentencia. Es preciso indicar que la jurisprudencia ha entendido, no obstante, que la expresada "resolución" en el acto no implica que deba decidirse en ese momento procesal acerca de la

ilicitud y sus efectos, sino que tal decisión puede postergarse hasta el dictado de la sentencia, ordenándose la prosecución del juicio⁴⁰⁰.

En cualquier caso, conviene precisar que, como señala MARCHENA GÓMEZ⁴⁰¹, el debate sobre la vulneración de derechos fundamentales puede verificarse en la audiencia saneadora, pero del contenido del artículo 786.2 LECrim. no se sigue que tenga que ser necesariamente aplazado -antes al contrario- hasta que se lleve a cabo la misma⁴⁰². En pro de esta conclusión, el expresado autor recuerda que el precepto agrupa en el contenido de la audiencia saneadora la posibilidad de que las partes aleguen lo que estimen oportuno sobre la competencia del órgano judicial o la existencia de artículos de previo pronunciamiento, de modo que si se postula una filosofía legislativa de concentración incondicional en la audiencia de todas las materias enumeradas en el tan traído precepto, se llegaría al absurdo de que, en el procedimiento abreviado, las impugnaciones de la competencia objetiva del Juez o Tribunal por razón de la persona o de la naturaleza del ilícito y las denuncias de falta de competencia territorial habrían de verse demoradas hasta el momento mismo de la apertura del juicio oral; deducción ésta que no se compadece, por ejemplo, con el contenido del artículo 759 LECrim., destinado a la regulación de las cuestiones de competencia y que arbitra diversas soluciones en función de la naturaleza de aquélla. Por tanto, siguiendo a este autor, el legislador no exige la *"dócil actitud procesal"* de quien ve vulnerado su derecho al Juez predeterminado por la ley, sugiriéndole una paciente espera hasta la llegada de la audiencia saneadora. A continuación, MARCHENA hace notar que lo mismo puede predicarse con

⁴⁰⁰ En este sentido, véase, por ejemplo, la STS núm. 818/2011, de 21 de julio, y las que en ella se citan: *"al expresar el texto legal que el Tribunal resolverá "lo procedente" ello no implica necesariamente una resolución sobre el fondo de la cuestión planteada, posibilitando una demora de la misma, aplazando la solución de aquella cuestión, para el momento procesal de dictar sentencia, en donde efectivamente el Tribunal sentenciador de una manera prolija y detallada, explicita las razones de la desestimación del fondo de lo debatido, lo que sería más difícil de llevar a cabo en un acto previo al definitivo de la sentencia, dada la perentoriedad y precariedad del trámite"*.

⁴⁰¹ MARCHENA GÓMEZ, M., "El juicio oral. Cuestiones previas", *op. cit.*, pp. 126 y 127.

⁴⁰² En este sentido, postulando que es factible alegar la nulidad en cualquier momento anterior a la audiencia saneadora, tanto en fase de instrucción como en fase intermedia, e incluso una vez abierto el juicio oral, OLLÉ SESÉ, M., "Intervenciones telefónicas", *op. cit.*, p. 247.

respecto al momento idóneo para el planteamiento de artículos de previo pronunciamiento, ejemplificando con la prescripción del delito (artículo 666.3 LECrim.). Nada impide, antes al contrario, y la jurisprudencia lo permite, plantear y obtener la prescripción en cualquier estado del procedimiento (por todas, STS núm. 483/2005, de 15 de abril). Concluye el autor de constante referencia recordando que, además, diversos preceptos legales exigen que la infracción de un derecho fundamental sea denunciada en el momento en el que tenga lugar. Así, tanto en el recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juez de lo Penal (párrafo 2º del artículo 790.2 LECrim.) como en el recurso de casación frente a la sentencia de la Audiencia Provincial (artículo 855.3 LECrim.) o en el recurso de amparo (artículo 44.Uno.c/ LOTC) se exige la invocación del derecho constitucional vulnerado tan pronto como, conocida la vulneración, hubiera lugar a ello.

5.1.3. Tribunal del Jurado

Como se ha avanzado, la LOTJ prevé expresamente, en su artículo 36, un trámite procesal destinado a *"alegar la vulneración de algún derecho fundamental"* (1b)) y/o *"impugnar los medios de prueba propuestos por las demás partes"* (1e)).

En función del cauce seleccionado para instar la aplicación de la regla de exclusión probatoria, cabrá o no recurso contra la decisión del Magistrado-Presidente del Tribunal del Jurado. En efecto, si se ha utilizado la vía del artículo 36.1b) LOTJ, el Auto resolviendo acerca de la alegación de vulneración de derechos fundamentales que se dicte en ese momento es susceptible de recurso de apelación ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia (artículo 846 bis a), párrafo 2º, LECrim.), mientras que si se ha articulado la petición por la vía del artículo 36.1e) LOTJ, el Auto no será recurrible (artículo 37d), 2º párrafo, LOTJ).

5.1.4. Enjuiciamiento Rápido

Le es de aplicación la norma del artículo 786.2 LECrim. (en sede en Procedimiento Abreviado), por expresa remisión del artículo 802.1 LECrim.

5.1.5. Proceso penal de menores

La Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, establece en su artículo 37.1, que ya en fase de audiencia, al igual que en el Procedimiento Abreviado, el Juez invitará a las partes a que insten lo que a su derecho convenga, entre otros extremos, *"sobre la vulneración de algún derecho fundamental en la tramitación del procedimiento"*. Seguidamente, *"el Juez acordará la continuación de la audiencia o la subsanación del derecho vulnerado, si así procediere. Si acordara la continuación de la audiencia, el Juez resolverá en sentencia sobre los extremos planteados"*.

5.1.6. Juicio de Faltas

No existe cauce procesal específico al respecto.

Expuesto cuanto antecede, y sin perjuicio del posicionamiento que se adopte en cuanto al momento procesal idóneo para plantear la aplicación de la regla de exclusión probatoria⁴⁰³, lo que debe quedar claro aquí y ahora es que en esta materia no opera la preclusión⁴⁰⁴, pudiéndose incluso apreciar en vía de recurso la ilicitud de una prueba, siempre y cuando se haya

⁴⁰³ Como se ha avanzado y, en cualquier caso, se desarrollará más adelante, somos partidarios de expulsar inmediatamente del proceso las diligencias probatorias inconstitucionalmente obtenidas de modo directo e indirecto. Y consideramos que la existencia de regulación específica en algunos procesos penales no constituye óbice alguno para que se denuncie la ilicitud probatoria tan pronto como se detecte.

⁴⁰⁴ Vid., con respecto a la audiencia saneadora del Procedimiento Abreviado, MIRANDA ESTRAMPES, M., *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento...*, op. cit., pp. 150 a 157; en el mismo sentido, sosteniendo que *"tratándose de la vulneración de algún derecho fundamental ninguna consecuencia preclusiva es defendible si ello implica admitir que la reclamación por aquella infracción constitucional sólo conoce de un período hábil, fuera del cual se agota la posibilidad de alegación y consiguiente tutela"*, vid. MARCHENA GÓMEZ, M., "El juicio oral. Cuestiones previas", op. cit., p. 109. Sin embargo, en los EEUU, como explica FIDALGO GALLARDO, C., *Las "pruebas ilegales"...*, op. cit., pp. 419 y ss., la moción de supresión debe ser presentada *"temporáneamente"*, concretamente, en la audiencia de supresión (*"suppression hearing"*), a no ser que el acusado invoque y demuestre la existencia de razones de peso (*"good cause"*) para la presentación extemporánea.

posibilitado la contradicción⁴⁰⁵. Aunque es cierto, como señala MIRANDA ESTRAMPES⁴⁰⁶, que el TS ha matizado esta conclusión, distinguiendo entre nulidades de prueba ostensibles y patentes y aquellas que no reúnen tales características, admitiendo únicamente respecto de las primeras su fiscalización por el órgano jerárquicamente superior por vía de recurso⁴⁰⁷, lo que, como indica el autor de referencia, obliga al órgano encargado de resolver el recurso a pronunciarse no sólo sobre la ilicitud de la prueba sino, asimismo, acerca de si la misma presenta o no un carácter ostensible o patente, introduciéndose de este modo "*un criterio de difícil delimitación objetiva por su carácter eminentemente relativo y circunstancial*". De ahí que la expresada construcción jurisprudencial haya sido acertadamente criticada por un sector de nuestra doctrina⁴⁰⁸. En esta línea, LOZANO-HIGUERO PINTO y MARCHENA GÓMEZ⁴⁰⁹ han sostenido que un adecuado sistema de tutela de los derechos fundamentales postula un amplio poder saneador de oficio por el Juez⁴¹⁰, previa audiencia de las partes, de tal manera que, por ejemplo, en el caso de la audiencia saneadora del Procedimiento Abreviado, su existencia misma no sea óbice para que las partes puedan alegar y el órgano judicial acordar, en cualquier momento anterior, la exclusión

⁴⁰⁵ Sobre el control casacional de la ilicitud de la prueba, véase AROZAMENA LASO, C., "Prueba ilícita y control en vía casacional", *Actualidad Penal*, Tomo 2000-3, marginal 655 y ss.

⁴⁰⁶ MIRANDA ESTRAMPES, M., *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento...*, op. cit., pp. 155 y 156.

⁴⁰⁷ Esta doctrina se plasma en dos Autos dictados por la Sala 2ª del T.S. el 25 de marzo de 1993 en la Causa Especial 880/1991, conocida como *Caso Filesa*.

⁴⁰⁸ En cualquier caso, consideramos que la distinción deviene artificial y forzada, pudiendo resolverse con el criterio propuesto –bien que no con ocasión de esta problemática– por DE LA OLIVA SANTOS, A., "Sobre la ineficacia...", op. cit., p. 205, relativo a que en caso de duda sobre la ilicitud probatoria en el proceso penal, aquélla se resuelva *pro reo*.

⁴⁰⁹ LOZANO-HIGUERO PINTO, M. y MARCHENA GÓMEZ, M., *La vulneración de los derechos fundamentales en el procedimiento abreviado y el principio de saneamiento en el proceso penal*, Comares, Granada, 1994 (cit. por URBANO CASTRILLO y TORRES MORATO, *La Prueba Ilícita Penal*, op. cit., p. 71), pp. 107, 108 y 121.

⁴¹⁰ DE SANTO, V., *Nulidades procesales*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1999, p. 69, sostiene que el Magistrado no tiene solamente la misión de declarar las nulidades sino también de prevenirlas. Por su parte, MAURINO, A.L., *Nulidades procesales*, 4ª reimpresión, 1995, p. 76 (cit. por DE SANTO) postula que "*el juez debe depurar el proceso de irregularidades. Debe hacerlo inmaculado*".

probatoria⁴¹¹, en línea con la solución adoptada en el artículo 191 del *Codice di Procedura Penale* italiano (la *inutilizzabilità*)⁴¹².

No en vano, el artículo 13.4 BACPP establece que **"en cualquier momento en que se constate la existencia de la infracción del derecho fundamental afectado las informaciones o fuentes de prueba o resultados de las pruebas han de ser excluidos del proceso, sin perjuicio de que, rechazada la exclusión, las partes puedan reproducir con posterioridad la petición de declaración de nulidad de la prueba"**. Pero, a pesar de tan categórica proclamación, lo cierto es que el prelegislador ha olvidado crear un procedimiento específico en aras a la expulsión de la prueba ilícita del proceso.

5.2. LA POLÉMICA

Recientemente ha tenido lugar un tan enriquecedor como acalorado debate entre los Profesores GIMENO SENDRA y ASECIO MELLADO, precisamente, en torno a en qué momento procesal puede y debe operar la regla de exclusión probatoria⁴¹³.

⁴¹¹ MARCHENA GÓMEZ, M., en "El juicio oral. Cuestiones previas", *op. cit.*, p. 131, ha sostenido con brillantez que no puede admitirse que, durante la fase de instrucción del procedimiento abreviado, la vigencia de los derechos fundamentales esté como *"aletargada o adormecida"*, recobrando su *"nervio y potencia expansiva"* en la audiencia regulada en el art. 786.2 LECrim. De ahí que concluya que el sistema constitucional de garantías *"no admite una indiferencia del órgano decisorio ante la contumaz permanencia en la vulneración de derechos fundamentales, tampoco ampara la consolidación, en ocasiones insanable, de prácticas procesales discordantes que, por no ser higienizadas en su momento, impedirán el buen término de la investigación"*.

⁴¹² Sobre la *inutilizzabilità*, *vid.* PIERRO, G., *Una nuova specie d'invalidità...*, *op. cit.*; MIRANDA ESTRAMPES, M. *El concepto de prueba ilícita...*, *op. cit.*, pp. 94 a 113; ARMENTA DEU, T., *La prueba ilícita...*, *op. cit.*, pp. 42 a 45 y 114 a 116; CONTI, C., *Accertamento del fatto e inutilizzabilità...*, *op. cit.*

⁴¹³ En aras a no entorpecer la lectura del presente trabajo, y comoquiera que lo cierto es que sus respectivos artículos concentran, con unos u otros matices, sus posicionamientos sobre la materia, se va a prescindir de citar en cada caso a qué trabajo de cada Profesor pertenece el razonamiento en cuestión. Los artículos -algunos de los cuales ya han sido citados en este trabajo- fueron publicados en un lapso de apenas dos meses en el Diario La Ley, en el siguiente orden: GIMENO SENDRA, V., "Corrupción y propuestas de reforma" (Sección Doctrina, núm. 7.990, 26 de diciembre de 2012); ASECIO MELLADO, J.M., "La exclusión de la prueba ilícita en la fase de instrucción como expresión de garantía de los derechos fundamentales" (Sección Doctrina, núm. 8.009, 25 de enero de 2013); GIMENO SENDRA, "La improcedencia de la exclusión de la prueba ilícita en la instrucción (contestación al artículo del Prof. ASECIO)" (Sección Tribuna, núm. 8.021, 12 de febrero de 2013); ASECIO MELLADO, "Otra vez sobre la exclusión de las pruebas ilícitas en fase de

Dado su carácter actual y que ambos concentran en sus respectivos artículos, con eruditas citas, el posicionamiento doctrinal y jurisprudencial sobre el tema objeto de estudio, en el presente trabajo se va a partir de una sucinta exposición de sus enseñanzas para, a continuación, tomar partido, bien que con matices, por una de las tesis de uno de los autorizados autores.

GIMENO SENDRA, con ocasión de la propuesta de una serie de reformas encaminadas a luchar contra la lacra social que constituye la corrupción, en el ámbito específico de las intervenciones telefónicas y su eventual nulidad por diversos motivos (singularmente, por la falta de motivación de la resolución judicial habilitante), sostuvo y sostiene que la misión de la instrucción *"no consiste en la declaración de la ilegalidad de los medios de prueba, sino la investigación y determinación del hecho punible y la responsabilidad de su autor"*. Para este autor, pues, el Juez de Instrucción no debe estar autorizado para llevar a cabo declaraciones sobre la ilicitud de las pruebas, al constituir ésta una competencia del órgano jurisdiccional decisor, el cual, ora con ocasión de la resolución de las cuestiones previas al juicio oral, ora en la propia sentencia, es quien, en su caso, debe declarar la inconstitucionalidad de las pruebas, así como la extensión de sus efectos reflejos. Por tal razón, afirma GIMENO, *"la jurisprudencia del TC nunca ha sustentado, con fundamento en el art. 11.1 LOPJ, la doctrina de la <<prueba ilícita>> o de la <<prueba nula>>, sino la tesis germana (Beweiswürdigungsverboten) de la prohibición de **valoración** de las pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales"*⁴¹⁴. De lo que, a su juicio, se sigue que las infracciones de la Constitución en materia probatoria deben generar una jurisprudencia sobre las reglas de exclusión de valoración de la prueba prohibida, mas no la importación, en la instrucción, de la doctrina de la nulidad de los actos procesales (artículos 238 y siguientes de la LOPJ), que -según afirma- amén de erigirse en fuente de dilaciones

instrucción penal (Respuesta al Prof. Gimeno Sendra)" (Sección Doctrina, núm. 8.026, 19 de febrero de 2013); y GIMENO SENDRA, "La improcedencia de la exclusión de la prueba ilícita en la instrucción (contestación a la réplica del Prof. ASENCIO)" (Sección Tribuna, núm. 8.027, 20 de febrero de 2013).

⁴¹⁴ La negrita es nuestra.

indebidas, desdibujaría la función del Instructor, quien hurtaría competencias al órgano decisor.

Por su parte, ASECIO MELLADO⁴¹⁵ razona que *"sostener vivo un proceso sobre una prueba ilícita y nula atenta a la igualdad de las partes, a la buena fe y al derecho de defensa"*, de tal manera que la reacción debe pasar necesariamente por que se declare formalmente, de modo inmediato, tan pronto como sea conocida, la nulidad y exclusión física de los actos obtenidos directa o indirectamente con violación de derechos fundamentales. Así, para este autor no estaríamos ante una mera prohibición de valoración, sino *"de uso en general"*, lo que implica que la prueba inconstitucionalmente obtenida no debe ser admitida; de serlo, no debe ser practicada; y, en último caso, no debe ser valorada⁴¹⁶.

Como se ha visto con ocasión del tratamiento del fundamento constitucional de la regla de exclusión⁴¹⁷, ASECIO MELLADO sostiene que el mismo reside en la preservación del contenido esencial de cada derecho fundamental "sustantivo" afectado por la injerencia ilegítima⁴¹⁸, en cuanto que su efectividad exige la ineficacia de las pruebas inconstitucionalmente obtenidas. En efecto, este autor considera que la prueba ilícita *"opera en el momento de la obtención de las fuentes de prueba, no en el de la práctica del medio, recae sobre derechos materiales, no procesales, es insubsanable, no exige indefensión para ser declarada y produce efectos indirectos no funcionales como la nulidad, sino propios de una derivación material o jurídica tendentes a garantizar la preservación"*. De ahí que ASECIO

⁴¹⁵ Representando la línea mayoritaria tanto de la doctrina científica (algunos autores ya han sido citados hasta este lugar y otros se citarán *infra*; *vid.*, en cualquier caso, ARMENTA DEU, T., *La prueba ilícita...*, *op. cit.*, pp. 146 y 149, así como, en sentido opuesto, pp. 188 y 189) como de la jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas (AATSJ Madrid, de 25 de marzo de 2010, Andalucía, Granada, de 18 de septiembre de 2007 y 24 de noviembre de 2008, Murcia, de 30 de julio de 2010. Véanse también las Circulares de la Fiscalía General del Estado núm. 1/1999 y 1/2013, en las que se apuesta decididamente por la inmediata exclusión de la prueba ilícita.

⁴¹⁶ Todo ello, en función del momento procesal en el que se evidencie.

⁴¹⁷ *Supra*, Capítulo I.

⁴¹⁸ Ya se ha expuesto en el expresado Capítulo I que esta tesis no es incompatible con la que se ha sostenido en este trabajo (el fundamento de la prueba ilícita en el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías).

concluya que si la fuente es ineficaz por infracción de derechos fundamentales, será nulo todo medio a través del cual se incorpore al proceso, de suerte que éste constituiría la materialización misma de la ilicitud, careciendo de fundamento tolerar tal materialización en lugar de evitarla a toda costa. Por tanto, el expresado autor considera un grave error equiparar, sin más, ilicitud probatoria con prohibición de valoración, en cuanto que ello supone ignorar que la prueba ilícita afecta a la obtención de las fuentes y no al medio practicado; y advierte que derivar la ilicitud probatoria al momento de la práctica de la prueba supone, amén de una interpretación contraria a lo dispuesto en el artículo 11.1 LOPJ⁴¹⁹, *"aceptar y favorecer la validez de las pruebas derivadas que, entre otros extremos, se introducen válidamente sin merma alguna de los derechos afectados o de las reglas procesales aplicables"*. Y, en fin, destaca que para hallar una prueba independiente no es necesario, antes al contrario, pues resulta contraproducente, el mantenimiento de la inconstitucionalmente obtenida en las actuaciones.

En fin, el autor de constante referencia rechaza la consideración de la prueba ilícita como una mera prohibición de valoración, amén de por los argumentos expuestos, con la pretensión de salvaguardar el proceso penal de conductas y situaciones perjudiciales para el imputado y para el fin mismo del proceso, enunciando razones de economía procesal (en el sentido de que puede que lo actuado no sirva para absolutamente nada, sobre todo cuando la investigación se inicia sobre la base de prueba inconstitucionalmente obtenida), que el mantenimiento de la prueba ilícita puede dar lugar a que las partes, y fundamentalmente el imputado, adopten una estrategia defensiva equivocada (introduciendo incluso elementos probatorios que coadyuven para su propia condena), hasta el extremo de que se fuerce indirectamente a una confesión que podría calificarse *"de ilegítima y fraudulenta aunque adquiriera una apariencia estrictamente legal"*⁴²⁰; todo ello sin perder de vista que la práctica de una prueba ilícita ante el juzgador puede incidir en su

⁴¹⁹ Que sanciona que *"no surtirán efectos"* las pruebas ilícitamente obtenidas, siendo la única fórmula para evitar la producción de efectos directos e indirectos pronunciarse inmediatamente que se conoce la violación de derechos fundamentales.

⁴²⁰ CHOZAS ALONSO, J.M., "Breve reflexión sobre la prueba ilícita en el proceso penal español", en *La prueba ilícita en el procedimiento penal*, México, 2007, p. 83.

convencimiento, en su percepción, por más que éste no lo desee⁴²¹, incidencia que se ve inexorablemente agravada cuando la prueba ilícita se practica ante un Colegio de Jurados, a lo que cabría sumar que se fomentaría la actuación de mala fe si las partes no tuvieran, como dispone el artículo 287 LEC, el deber de denunciar la prueba ilícita tan pronto como la detecten.

Para ASECIO MELLADO, la suma de los argumentos expuestos, unida a los perversos⁴²² resultados que permite la aplicación de la teoría de la conexión de antijuricidad en lo que respecta a la pruebas obtenidas indirectamente con violación de derechos fundamentales, puede generar que *"se aporten pruebas ilícitas a sabiendas de su ilicitud, se mantengan eficaces, se investigue sobre su base, se obtenga incluso una confesión sin información acerca de la prueba ilícita y, al final, se condene a una persona sobre la base de las pruebas materialmente derivadas, pero milagrosamente desconectadas jurídicamente"*, lo cual, en definitiva, supondría *"un fraude a la Constitución, al sistema de derechos fundamentales y a los pilares sobre los que se asienta un entendimiento correcto de la posición de los diversos intereses en el proceso penal"*⁴²³.

Cada uno de los autores debatientes extrae conclusiones diversas a partir de una misma doctrina constitucional, a saber, la contenida en las

⁴²¹ Se trata del temido impacto psicológico, al que ya se ha hecho alusión a lo largo del presente trabajo de investigación.

⁴²² Este término lo ha introducido quien suscribe, pues ASECIO se refiere a la *"excesiva flexibilidad"* que permite la teoría de la conexión de antijuricidad.

⁴²³ En otro trabajo del mismo autor que, en principio, se mantuvo ajeno la polémica, "Prueba ilícita: declaración...", *op. cit.*, ASECIO utilizó como ejemplos, en primer lugar, una confesión obtenida mediante torturas, perfectamente conocidas y acreditadas, exponiendo que, si se debilita la ilicitud probatoria hasta convertirla en una mera prohibición de valoración, con la confesión como único elemento incriminatorio podría abrirse el proceso y continuar las investigaciones con base en la única referencia de esa confesión bajo tormento. En segundo lugar, la apertura de un proceso con la base exclusiva de una grabación telefónica llevada a cabo por terceros que la remitieran al Juzgado. En tal caso, resulta, asimismo, evidente que todo lo obtenido tendría como base una interceptación telefónica radicalmente nula, mas, no obstante, habiéndose dado en la vida real, concretamente en Perú, el TC del indicado país decidió que el momento oportuno para decidir acerca de la nulidad era el del juicio oral, de modo que la investigación continuó con graves consecuencias para los afectados (STC peruano 00655-2010-PHC/TC, de 27 de octubre). En ambos ejemplos, explica ASECIO, la dependencia natural es innegable y mantener la prueba ilícita tendría la exclusiva finalidad de conseguir pruebas materialmente derivadas pero "jurídicamente" desconectadas, lo que, con razón, califica como un fraude a la Constitución y a la Ley que regula la exclusión de la prueba ilícita.

SSTC núm. 202/2001, de 15 octubre y 184/2003 (Pleno), de 23 de octubre. En efecto, GIMENO SENDRA preconiza que, en la medida en que en los supuestos resueltos por las mismas el TC, al estimar infringido el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías por haber surtido efectos una prueba ilícita, anuló y retrotrajo las actuaciones al momento inmediatamente anterior a la formulación de conclusiones provisionales para que el Ministerio Fiscal valorara si disponía de otros medios de prueba no contaminados⁴²⁴, se sigue que el TC no está confiriendo al Juez de Instrucción legitimación para declarar la nulidad de pruebas ilícitas, en cuanto que la retroacción se sitúa en un momento procesal en el que ha precluido el plazo para instar la revocación de la instrucción y la práctica de nuevas diligencias, y, por tanto, corresponde exclusivamente al órgano jurisdiccional decisor declarar la inconstitucionalidad de las pruebas y la extensión de sus efectos. Por su parte, ASECIO MELLADO afirma que las indicadas SSTC manifiestan en realidad que la prueba ilícita no es, en verdad, cuestión de valoración por el órgano de enjuiciamiento (sea tras la práctica de la prueba, *ergo* en sentencia, sea en el trámite de cuestiones previas en el Procedimiento Abreviado), pues, a su juicio, estas resoluciones *"ponen el acento en la necesidad de que se excluyan con anterioridad a la formulación de la acusación y de la proposición de prueba para que las partes acusadoras confeccionen a la vista exclusiva de las pruebas válidas y, con ello, para que la defensa pueda, por un lado, en su caso, no verse sujeta a un juicio si no hay pruebas para su celebración y, si las hay, que articulen su posición sólo en atención a lo que posea valor probatorio"*. Más aún: *"toda retroacción implica considerar que el vicio se produjo en el momento en que se debió acordar una resolución y evitar el defecto, es decir, que quien no apreció la falta, debió hacerlo"*.

⁴²⁴ Poco antes del dictado de la primera de las resoluciones indicadas, en la STC núm. 149/2001, de 27 de junio, se había optado, en abierta contradicción con lo razonado en su Fundamento Jurídico 7º (la procedencia de *"retrotraer las actuaciones al momento anterior a la formación de la pretensión acusatoria y de la proposición de prueba, para que si, una vez excluidas las declaraciones policiales, con las restantes pruebas se mantuviera la acusación, pueda el órgano judicial competente proceder a determinar su ilicitud o licitud y, en su caso, a valorarlas en el sentido que estime oportuno"*) por otra solución: retrotraer las actuaciones a fin de que la Sala de instancia dictara nueva sentencia.

Asimismo, ambos autores, aun concordando en la supletoriedad de la LEC, extraen conclusiones diversas de lo dispuesto en su artículo 287.1. Así, ASECIO defiende que su redacción constituiría el colofón a sus argumentos, en la medida en que establece un procedimiento específico para la denuncia y la apreciación de la prueba ilícita en el proceso (civil), que impone a las partes el deber de denunciar la ilicitud probatoria tan pronto como sea conocida para que sea declarada, en todo caso, con anterioridad a su práctica como prueba, lo que daría buena cuenta de que el legislador español no considera la prueba ilícita como una simple prohibición de valoración, sino como un supuesto de ineficacia que debe decretarse y denunciarse cuanto antes; GIMENO, en cambio, destaca que el segundo párrafo del precepto de referencia refuerza su propia tesis, y no la de su discípulo, de suerte que establece que la cuestión, que también puede ser suscitada de oficio por el Tribunal, *"se resolverá en el acto del juicio, o, si se tratase de juicios verbales, al comienzo de la vista, antes de que dé comienzo la práctica de la prueba"*, de lo que concluye que la valoración de la prueba inconstitucional y la extensión de sus efectos ha de efectuarse en el juicio oral y no en la fase de alegaciones ni en la comparecencia previa (fases que, a la vista de su función -de preparar la vista oral y recabar material fáctico-equivaldrían a la instrucción penal).

Por último, conviene resumir las conclusiones definitivas que plantea GIMENO SENDRA: que el TC no está sometido a la LOPJ, sino a su Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (LOTCT)⁴²⁵, de tal manera que el artículo 11.1 LOPJ no vincula al TC, y sí a los Juzgados y Tribunales del Poder Judicial; que la interpretación gramatical del expresado precepto tan sólo la sostiene, en solitario, un Magistrado del TS, advirtiendo de que, de aplicarse en su literalidad el tan traído precepto *"desprotegería a la sociedad, sobre todo en la lucha contra la criminalidad organizada y la corrupción política"*; que el TC no ha consagrado la doctrina de la prueba ilícita sino la doctrina germana de la exclusión de valoración de la prueba

⁴²⁵ El artículo 1.1 LOTCT establece claramente que el TC *"como intérprete supremo de la Constitución, es independiente de los demás órganos constitucionales y está sometido sólo a la Constitución y a la presente Ley Orgánica"*.

inconstitucionalmente obtenida y de las que guarden con respecto a ella una conexión de antijuricidad; y, en fin, que la función del Juez de Instrucción *"no consiste en valorar pruebas, ni en expulsar de su investigación las <ilícitas> y todas las que se deriven de ellas, sino en investigar y recabar la prueba del hecho punible y la responsabilidad de su autor (art. 299 LECrim.)"*⁴²⁶.

5.3. TOMA DE POSTURA

En nuestra opinión, la ilicitud probatoria debe denunciarse inmediatamente, tan pronto como sea conocida⁴²⁷, debiéndose, asimismo, resolver cuanto antes la exclusión física de los actos obtenidos directa o indirectamente con violación de derechos fundamentales. Nos alineamos, pues, con la tesis sostenida por ASENSIO MELLADO, aunque con algún matiz⁴²⁸.

⁴²⁶ Esta contrarréplica de GIMENO SENDRA puso fin al debate objeto de comentario.

⁴²⁷ Ello no significa, ni mucho menos, que la consecuencia de la ausencia de denuncia de la ilicitud tan pronto como se conoció la convalide como por arte de magia, ni que –como se ha visto– opere la preclusión. Menos aún puede sostenerse, como pretende RODRÍGUEZ LAINZ, J.L., *La confesión del imputado...*, op. cit., pp. 87 y 88, que *"el planteamiento sobre la posible nulidad, al menos cuando no se cuestiona de oficio, ni se plantea inicialmente por la defensa como estrategia defensiva, no puede hacerse pender del proceso de instrucción, cual espada de Damocles, de tal manera que cualquier utilización procesal de la información acumulada durante la instrucción llegue a tildarse de explotación o aprovechamiento ilícitos"*. Este autor considera que, al pasar la estrategia generalizada de las defensas por la reserva del alegato de nulidad *"como muy pronto para el escrito de defensa, siendo muy usual que el mismo se deje incluso para la fase de cuestiones previas, o más allá, para las conclusiones definitivas"*, se generan situaciones de *"auténtico fraude procesal"*. Y es que a lo expuesto cabe oponer que es la propia jurisprudencia mayoritaria la que viene fomentando la postergación del planteamiento de la nulidad de las fuentes de prueba inconstitucionalmente obtenidas, así como que, como también se ha visto, la LECrim. arbitra mecanismos específicos para la expulsión de la prueba ilícita una vez cerrada la fase de instrucción. Luego, no se alcanza a vislumbrar el denunciado fraude (siempre y cuando la defensa plantee la cuestión en un momento procesal que posibilite la contradicción), máxime si se tiene en cuenta que de no haberse producido una previa violación de derechos fundamentales por parte de los poderes públicos y de haber cumplido el Juez de Instrucción y/o el Ministerio Fiscal con su deber de salvaguarda de los expresados derechos no se haría preciso tratar de culpabilizar a las defensas sin fundamento alguno.

⁴²⁸ En primer lugar, como ya se ha expuesto en el Capítulo I, no compartimos plenamente el fundamento de la regla de exclusión que sostiene este autor, aunque, como también ha sido razonado, no son incompatibles; y, en segundo lugar, como se verá a continuación, sostenemos una "desinfección" procesal más profunda que la que preconiza ASENSIO, en aras a que toda la actuación del Juez o Tribunal parta, en la medida de lo posible, de la mayor de las asepsias valorativas, alejada, pues, del influjo del material inconstitucionalmente obtenido y su efecto reflejo.

Antes de defender nuestra propia posición, consideramos que debemos salir al paso de dos alegaciones formuladas por GIMENO SENDRA en el artículo que puso fin al debate que ha sido objeto de comentario en el apartado anterior, de suerte que no fueron contestadas por ASENSIO. La primera tiene que ver con las consecuencias que el Profesor GIMENO extrae de las ya traídas a colación SSTC núm. 202/2001 y 184/2003, a saber, que el TC no está confiriendo al Juez de Instrucción legitimación para declarar la nulidad de pruebas ilícitas, en cuanto que la retroacción se sitúa en un momento procesal en el que ha precluido el plazo para instar la revocación de la instrucción y la práctica de nuevas diligencias. No puede compartirse esta conclusión, pues el autor está obviando que la regla de exclusión ya habrá sido aplicada por el TC al otorgar o no el amparo al recurrente, retrotrayendo las actuaciones conservando la mayor parte posible de actos procesales y permitiendo que el acusado, en su caso, evite la denominada "pena de banquillo". La segunda tiene que ver con la afirmación relativa a que, de aplicarse en su literalidad el artículo 11.1 LOPJ, *"desprotegería a la sociedad, sobre todo en la lucha contra la criminalidad organizada y la corrupción política"*. Lo cierto es que, como el propio Profesor GIMENO viene defendiendo firmemente desde hace ya muchos años⁴²⁹, la doctrina de la eficacia refleja constituye no sólo uno de los medios más eficaces para la tutela de los derechos fundamentales, sino también para proteger al sistema democrático frente al posible surgimiento de los denominados Estados de Policía o autocráticos que, en nombre del orden público o de la eficacia en la lucha contra la delincuencia, suelen acabar cometiendo las mayores violaciones de los derechos humanos. Apelar a la insumisión al sentido gramatical del artículo 11.1 LOPJ amparándose en dos lacras sociales muy concretas que, efectivamente, deben ser extinguidas⁴³⁰, supondría la apertura de una rendija a través de la cual podría penetrar el peligroso "Derecho penal

⁴²⁹ GIMENO SENDRA, V., "Las intervenciones telefónicas en la jurisprudencia...", *op. cit.*, p. 1.622 *in fine*.

⁴³⁰ De algún modo, ya en 1.903, BELING advertía que *"una prohibición de prueba digna de atención para delitos de bagatela se vuelve deplorable en asuntos de capital importancia"*. *Vid.*, "Las prohibiciones...", *op. cit.*, p. 50.

del enemigo" (*Feindstrafrecht*) de JAKOBS⁴³¹. Por tanto, extinción de la corrupción y de la delincuencia organizada sí, pero no a costa de dejar vacío de contenido un precepto (artículo 11.1 LOPJ)⁴³² con un claro fundamento constitucional que deviene de general aplicación y eficacia, y frente al que no caben excepciones *ratione materiae* y/o *personae*.

Como ya hemos avanzado⁴³³, en nuestra opinión, al Juez que conoce de la causa en la que él mismo declara nulas unas diligencias probatorias no debe dársele siquiera la posibilidad de caer en la tentación de emitir un fallo condenatorio basado, consciente o inconscientemente, en material cuya valoración le está vedada. E iremos más allá (a la fase de instrucción): tampoco debe dársele la oportunidad de imputar, procesar o adoptar medidas cautelares contra el encausado, por el riesgo de que la prueba ilícita haga mella en su decisión⁴³⁴. Distingamos varias situaciones:

5.3.1. La fase de instrucción

⁴³¹ En suma, un conjunto de normas jurídicas excepcionales, de combate, caracterizadas por un incremento de las penas y -en lo que aquí interesa- supresión de garantías jurídicas, únicamente aplicables a los enemigos o no-personas (*Unpersonen*), quienes, para JAKOBS, son los integrantes de la criminalidad organizada y grupos terroristas: individuos que han "abandonado" el Derecho por tiempo indefinido, con la consecuente amenaza que ello implica para los fundamentos de la sociedad que constituye el Estado. Para este autor, el Derecho penal (del ciudadano) se muestra inútil a la hora de plantar cara a los enemigos: todas sus garantías y principios básicos carecen de sentido si pretenden ser aplicados a un sujeto (el enemigo) que en modo alguno garantiza ni la más mínima seguridad cognitiva en su comportamiento personal. *Vid.*, JAKOBS, G. y CANCIO MELIÁ, M., *Derecho penal del enemigo*, Civitas, 2ª edición, 2006. Un comentario sobre esta obra puede verse en CAMPANER MUÑOZ, J., "Derecho penal del enemigo", *Pórtico Legal*, sección artículos doctrinales, 2008

(disponible en el enlace http://www.porticolegal.com/pa_articulo.php?ref=307).

⁴³² No en vano, hace más de una década, el Tribunal Supremo, en su Sentencia núm. 1.203/2002, de 18 de julio, advirtió que "es necesario manejar con suma precaución la doctrina de la denominada <<conexión de antijuricidad>> utilizada a efectos de amparo por el Tribunal Constitucional [...] y acogida en ocasiones por esta Sala [...] pues, con independencia de su utilidad en supuestos concretos, ha de evitarse que esta fórmula se constituya en una fuente de inseguridad que vacíe de contenido efectivo la disposición legal expresa prevenida en el artículo 11.1º de la LOPJ, y nos retrotraiga en esta materia a criterios probatorios ya superados con la aprobación de la LOPJ de 1985".

⁴³³ *Supra*, Capítulo I.

⁴³⁴ Sobre el influjo psicológico de la prueba ilícita en el órgano encargado del enjuiciamiento, *vid.* CARMONA RUANO, M., "De nuevo la nulidad de la prueba: ¿es indiferente el momento en que puede declararse?", *Revista Jueces para la Democracia*, núm. 25, marzo de 1996, Teoría/Práctica de la Jurisdicción, pp. 95 a 99.

El caso de la medida cautelar personal más gravosa que contemplan los ordenamientos jurídicos modernos, la prisión preventiva, es el que permitirá comprender más fácilmente el porqué de nuestro posicionamiento sobre la necesidad de excluir la prueba ilícita tan pronto como se detecte⁴³⁵. Es sabido que como primer presupuesto para la adopción de la prisión preventiva se exige la concurrencia de indicios racionales de criminalidad contra el imputado⁴³⁶. Éstos no pueden haber aflorado, en ningún caso, ni directa ni indirectamente, a partir de material inconstitucionalmente obtenido. Es claro, a partir de la tesis con la que nos hemos alineado, que el Juez de Instrucción puede y debe aplicar la regla de exclusión y, sin embargo, ni puede ni debe obtener esos indicios del material expulsado por hallarse teñido de ilicitud. No obstante, el mismo peligro derivado del impacto psicológico en el órgano de enjuiciamiento puede predicarse del Juez de Instrucción. De ahí que no sea descabellado, antes al contrario, temer que dicho órgano jurisdiccional va a tomar sus decisiones con respecto al imputado más o menos influido por el resultado de las diligencias probatorias contaminadas. Así pues, en el caso concreto de la prisión preventiva, nada le impediría adoptarla o mantenerla con base en otros razonamientos que, en condiciones normales, nunca le habrían llevado a tomar esa decisión⁴³⁷. Por ello, consideramos que *de lege ferenda* debiera regularse el cambio de Juez una vez que se hubiera resuelto la exclusión de material probatorio por mor de su ilicitud. Sólo así, en la medida de lo humanamente posible, las sucesivas decisiones (bien sobre medidas cautelares, bien sobre la continuación o no del procedimiento) se adoptarán desde una mayor asepsia valorativa, prescindiéndose del material cuya producción de efectos ha resultado vedada.

⁴³⁵ Dando por hecho que hago propios los razonamientos de ASENIO MELLADO en pro de la exclusión de la prueba ilícita en fase de instrucción.

⁴³⁶ *Vid.* artículo 503.1º y 2º LECrim.

⁴³⁷ Razonamientos que no necesariamente tendrían que ir referidos a la existencia o la importancia cuantitativa o cualitativa de los indicios racionales de criminalidad, sino a la existencia de algún fin legítimo que justifique el mantenimiento o adopción de la medida (cualquiera de los previstos en el artículo 503 LECrim. como el riesgo de fuga) o, incluso, a la exteriorización del test de necesidad, concluyendo que no existen medidas menos gravosas para alcanzar el fin pretendido con la prisión preventiva.

En esta línea, MIRANDA ESTRAMPES⁴³⁸, quien considera no sólo procedente sino absolutamente imprescindible y necesario el control de la ilicitud probatoria durante la fase de investigación, destaca la fundamental trascendencia que el mismo tiene con relación a las medidas cautelares que pueden adoptarse durante la expresada fase, en cuanto que, de no admitirse la posibilidad de denunciar y controlar la ilicitud de las pruebas desde ese mismo instante, se podría dar el caso de acordar una medida de prisión preventiva o un procesamiento sobre la base de datos o informaciones obtenidas de forma manifiestamente ilícita, lo que, en su opinión, resulta inaceptable. De ahí que sostenga que el Juez de Instrucción, en el momento de acordar el procesamiento o la prisión provisional, no puede ser ajeno a la licitud o ilicitud de las fuentes de prueba obtenidas durante la fase de investigación.

En fin, en el caso de un Médico constituiría una auténtica dejación de funciones postergar el inicio del tratamiento contra un cáncer ya diagnosticado o no atender al herido grave en el servicio de urgencias cuando es el único que puede hacerlo en ese momento. No se justifica, pues, permitir que el cáncer se extienda hasta la metástasis ni tolerar que el herido termine falleciendo en urgencias⁴³⁹. Y la diferencia entre el Médico y el Juez es sustancial: mientras el primero, en los graves supuestos descritos, tiene sólo una obligación de medios, el Juez está sujeto a una obligación de resultados impuesta de modo imperativo por el artículo 11.1 LOPJ⁴⁴⁰.

5.3.2. La audiencia saneadora

⁴³⁸ MIRANDA ESTRAMPES, M., *El concepto de prueba ilícita...*, op. cit., pp. 145 a 148.

⁴³⁹ Precisamente, como expone MARCHENA GÓMEZ, M., en “El juicio oral. Cuestiones previas”, op. cit., pp. 131 y 132, la inmaculación, como manifestación del principio de saneamiento procesal, tiene un componente más “preventivo o anticipativo que propiamente curativo”.

⁴⁴⁰ Incluso, ya el artículo 2 LECrim., en su redacción originaria e incólume desde su entrada en vigor en 1.882, impone a “todas las Autoridades y funcionarios que intervengan en el procedimiento penal” la obligación de “apreciar las circunstancias así adversas como favorables” al imputado. Y si quien instruye tiene en su mano, por ejemplo, una crisis procesal derivada de la declaración de ilicitud del acervo incriminatorio recopilado en fase de investigación que determine la terminación del proceso nada ni nadie puede ni debe impedirle que la declare, y, corolario de lo anterior, sobresea las actuaciones.

Lo mismo cabe decir si, por lo que fuere, en el Procedimiento Abreviado el Juez o Tribunal declarara en la audiencia saneadora del artículo 786.2 LECrim. la nulidad de determinadas diligencias probatorias por haberse obtenido directa o indirectamente con violación de derechos fundamentales. A nuestro juicio, también *de lege ferenda*, deberían retrotraerse las actuaciones hasta el momento inmediatamente anterior a la formulación de conclusiones provisionales, previa expulsión física del material contaminado. Para el caso de que, de nuevo, se abriera juicio oral, éste debería celebrarse ante un Juez o Tribunal distinto al que declaró la nulidad.

Surge en este lugar la problemática derivada de la ya indicada discutible solución jurisprudencial que tiende a evitar que el Juez o Tribunal se precipite y sea en sentencia el momento en el que resuelva acerca de la ilicitud probatoria⁴⁴¹. Esta tesis ha sido apoyada parcialmente por DE URBANO CASTRILLO y TORRES MORATO⁴⁴², quienes a pesar de sostener que, *"ante los indeseables efectos de postergar la resolución de una prueba presuntamente ilícita, al momento de dictar sentencia, dada su indudable influencia perturbadora mientras se desarrolla el proceso, condicionándolo, y el efecto subliminal o prejuicio que puede producir en el ánimo del juzgador"*, debe plantearse y resolverse en cuanto se detecte, en cuanto que el principio de *"higienización"* procesal determina la necesidad de extirpar la prueba ilícita cuanto antes, evitando así la contaminación del proceso (el contagio de las pruebas sanas) y su conducción a una suerte de *"metástasis procesal"*⁴⁴³, no obstante, matizan su postura al distinguir entre *"clamorosas o flagrantes causas de nulidad"* y aquellas *"más dudosas"*, para acabar sosteniendo que en estos últimos casos constituiría una temeridad la fulminante expulsión del proceso de la prueba. Opinión ésta que no podemos compartir, en cuanto

⁴⁴¹ Vid., *supra*, 5.1.2.

⁴⁴² DE URBANO CASTRILLO, E. y TORRES MORATO, M.A., *La Prueba Ilícita...*, *op. cit.*, p. 71.

⁴⁴³ MARCHENA GÓMEZ, M. y LOZANO-HIGUERO PINTO, M., *La vulneración de los derechos fundamentales...*, *op. cit.*; MARCHENA GÓMEZ, M., en "El juicio oral. Cuestiones previas", *op. cit.*, p. 128, amén de insistir en la evitación de la expresada metástasis procesal, postula la *"profilaxis"* del proceso penal, filtrándolo a través del denominado principio de inmaculación. Sobre éste, *vid.* AYARRAGAY, C.A., *El principio de la inmaculación en el proceso*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1.959, p. 47.

que más vale realizar en ese momento procesal una interpretación favorable a la vigencia y efectividad de los derechos fundamentales que contaminar al Juez o Tribunal y dilatar innecesariamente el proceso⁴⁴⁴. Todo ello sin contar con que las objeciones que plantean estos autores no son absolutas, sino que, antes al contrario, tienen remedio: en efecto, denunciada la ilicitud de una prueba en el trámite del artículo 786.2 LECrim. no existiría escollo alguno para que, como ha defendido GASCÓN INCHAUSTI⁴⁴⁵, el Juez o Tribunal abriera un incidente probatorio en aras a que se practicara la prueba que pudieran proponerse para acreditar la causa de ilicitud alegada⁴⁴⁶. Es más, actualmente, y desde la entrada en vigor de la LEC, esta propuesta gozaría de apoyo en nuestro derecho positivo, pues, como se ha visto, el trámite previsto en el artículo 287 LEC deviene supletoriamente aplicable al proceso penal en virtud de lo dispuesto en el artículo 4 del expresado cuerpo legal⁴⁴⁷.

5.3.3. La sentencia

En congruencia con la línea que venimos sosteniendo, no consideramos admisible que se resuelva en sentencia acerca de la ilicitud de una prueba y, en su caso, hasta dónde debe extender sus efectos la eventual

⁴⁴⁴ Como expresa MARCHENA GÓMEZ, M., "El juicio oral. Cuestiones previas", *op. cit.*, p. 123, "confiar ciegamente en el trámite del art. 786.2 LECrim. como el momento exclusivo y excluyente para atender las quejas por vulneración de derechos fundamentales, supondría retrasar, con cierto optimismo, el atendimiento de aquélla a un momento posterior que puede no llegar a nacer". Y es que, en efecto, "el proceso penal puede ser yugulado antes de la apertura del juicio oral, no alcanzando las partes, en tal caso, el momento hábil para su esperada alegación sobre quiebra de derechos fundamentales".

⁴⁴⁵ GASCÓN INCHAUSTI, F., *El control de la fiabilidad probatoria: <<Prueba sobre la prueba>> en el proceso penal*, Ediciones Revista General de Derecho, Valencia, 1999, p. 177.

⁴⁴⁶ Sobre la conveniencia de que las cuestiones sobre la ilicitud probatoria se resuelvan en la fase intermedia, puede verse PLANCHAT TERUEL, J.M., "Prueba ilícita. Fundamento y tratamiento", en *Estudios sobre prueba penal* (Dir. ABEL LLUCH, X. y RICHARD GONZÁLEZ, M.), Volumen I, La Ley, Madrid, 2010, pp. 107 y 115, quien, tras reconocer que la demora en el abordaje de la prueba ilícita en el proceso "perpetuará temporal e inevitablemente efectos perniciosos en la medida que hará difícil desligar la actuación contaminada (llamada a ser en su momento prueba) de aquellas que no lo están", considera que sería deseable que fuera en el trámite intermedio de la causa, una vez efectuadas, pues, las calificaciones y propuestos los medios de prueba, cuando se ofreciese la oportunidad para suscitar la ilicitud de las propuestas. Todo ello pese a destacar que "aunque en muy contadas ocasiones en la práctica, es tras el desarrollo probatorio del plenario cuando puede advertirse causa de ilicitud".

⁴⁴⁷ DEL MORAL GARCÍA, A., en "Tratamiento procesal...", *op. cit.*, pp. 171 y 172, ha defendido la aplicación supletoria del expresado incidente al proceso penal. Asimismo, MIRANDA ESTRAMPES, M., *El concepto de prueba ilícita...*, *op. cit.*, pp. 146 a 150.

nulidad. El Juez o Tribunal habrá visto, y tal vez oído, la prueba prohibida, incidiendo ello en la formación de su convicción. La solución, de nuevo, *de lege ferenda*, pasaría por decretar la nulidad, así como la expulsión física del material contaminado, ordenándose la retroacción de las actuaciones hasta el momento inmediatamente anterior a la formulación de conclusiones provisionales. Para el caso de que, de nuevo, se abriera juicio oral, éste debería celebrarse ante un Juez o Tribunal distinto al que declaró la nulidad.

Es en este lugar, y en aras a justificar el porqué de nuestra postura, donde resulta procedente profundizar en la relevancia del influjo psicológico de la prueba ilícita en el juzgador. Pudiera parecer que el argumento, aunque razonable, se hallaría vacío de contenido real en la medida en que no tendría un reflejo concreto en el proceso de formación de la convicción por parte de aquél. Sin embargo, consideramos que, más allá de consideraciones más propias del campo de la psicología⁴⁴⁸, es de sentido común temer que, en los casos en que el Juez o Tribunal dictamina acerca de la ilicitud probatoria en la sentencia y, no obstante, subsiste algún elemento probatorio de cargo, el principio *in dubio pro reo*⁴⁴⁹ va a perder su ámbito propio de aplicación⁴⁵⁰. En

⁴⁴⁸ En principio, los resultados obtenidos de una encuesta anónima que contestaron durante el último trimestre de 2013 treinta y ocho Jueces y Magistrados del orden jurisdiccional penal de varios partidos judiciales de España avalarían la existencia del temido influjo psicológico, tal y como se expondrá por quien suscribe junto con BORRÁS SANSALONI, C., CALLE BOLÍVAR, L. y PALMER POL, A.L. en el VIII Congreso de Psicología Jurídica y Forense que tendrá lugar los próximos días 23 a 25 de octubre de 2014 en Santiago de Compostela.

⁴⁴⁹ La doctrina ha destacado que se trata de uno de los principios jurídico-penales más antiguos y aplicados. *Vid., ad exemplum*, TOMÁS Y VALIENTE, F., "*In dubio pro reo*, libre apreciación de la prueba y presunción de inocencia", *Revista Española de Derecho Constitucional* núm. 20, 1987, pp. 11 y ss.

⁴⁵⁰ Muy didácticas resultan las enseñanzas contenidas en la STS de 31 de enero de 1983, cuando, a propósito de la distinción entre el principio *in dubio pro reo* y la presunción de inocencia (artículo 24.2 CE), afirmaba que no debían confundirse, de suerte que la última crea en favor del ciudadano un verdadero derecho subjetivo a ser considerado inocente de cualquier delito o infracción jurídica que se le atribuya hasta tanto no se presente prueba bastante, siquiera sea mínima, para enervar la expresada presunción; mientras que el *in dubio* se dirige al juzgador como norma de interpretación en méritos de la cual, en aquellos casos en los que, a pesar de haberse practicado pruebas, éstas dejasen dudas en el ánimo del juzgador sobre la culpabilidad del acusado, deberá absolverle (más bien por cuestiones de humanidad y Justicia). Operan, pues, en dos planos distintos, en cuanto que la presunción de inocencia guarda relación con la existencia o inexistencia objetiva de prueba de cargo y el *in dubio* constituye un problema meramente subjetivo del juzgador tras la valoración del cuadro probatorio. *Vid.*, asimismo, la exhaustiva STS núm. 95/2014, de 20 de febrero.

efecto, si el expresado principio determina que en toda situación confusa o de duda debe acogerse aquella posición que favorezca al reo⁴⁵¹, y esta duda pertenece al convencimiento subjetivo del órgano judicial⁴⁵², parece claro que, teniendo el juzgador la certeza derivada de la prueba ilícita practicada en su presencia⁴⁵³, es difícil que exista la ocasión de que brote la duda⁴⁵⁴. Y la situación se agrava si se toma en consideración que, a diferencia de la presunción de inocencia, el *in dubio* carece de un explícito reconocimiento constitucional y, por ende, de la protección inherente a los derechos fundamentales⁴⁵⁵, habiendo señalado la jurisprudencia⁴⁵⁶ que el mencionado principio únicamente es valorable por el Tribunal de instancia (salvo en los supuestos -poco frecuentes- de que la duda se exteriorice en sentencia) debido a que encierra un problema netamente subjetivo: la duda del jugador constituye, como acertadamente ha señalado SENTÍS MELENDO⁴⁵⁷, un

Como señala la STS núm. 1956/2000, de 15 de diciembre: “*el principio <<pro reo>> tiene un carácter eminentemente procesal, utilizable en el ámbito de la crítica de la prueba, e instrumental en orden a resolver los conflictos en los que el Tribunal no puede llegar a una convicción firme sobre lo probado, casos en los que la duda surgida debe ser resuelta a favor del reo*”.

En contra, considerando que, en realidad, ambos principios son exactamente el mismo y carece de sentido distinguirlos, a pesar de que tanto en uno como en otro existen aspectos objetivos y subjetivos, NIEVA FENOLL, J., *La duda en el proceso penal*, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 62 a 67.

⁴⁵¹ En estos términos se expresa la ya añeja STS de 21 de mayo de 1979.

⁴⁵² *Vid.*, *ad exemplum*, STC núm. 16/2000, de 31 de enero.

⁴⁵³ No se olvide que, como indica GIMENO SENDRA, V., en VV.AA., *Derecho Procesal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1992, p. 444, los actos de prueba tienden a formar la certeza o evidencia suficiente para lograr la convicción del Tribunal sobre la preexistencia de los hechos que han de constituir la primera premisa de la sentencia.

⁴⁵⁴ Sobre la innegable perspectiva psicológica de la duda, véase NIEVA FENOLL, J., *La duda en el proceso penal*, *op. cit.*, pp. 52 a 60.

⁴⁵⁵ *Vid.*, por todas, la STS núm. 2.089/2002, de 10 de diciembre. Hasta donde alcanzamos, el TC tardó más que el TS en desasirse de la concepción del *in dubio* como integrante del principio de presunción de inocencia (desde la STC núm. 31/1981, de 28 de julio, venía equiparándolos); en efecto, no fue hasta la STC núm. 44/1989, de 20 de febrero, que nuestro Tribunal de Garantías asumió la postura del TS, y que, hasta la fecha, deviene pacífica en ambos Tribunales.

⁴⁵⁶ Por todas, STS de 25 de junio de 1990.

⁴⁵⁷ SENTÍS MELENDO, S., “In dubio pro reo”, *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, núm. 2-3, 1979, p. 507, nota 22.

estado de ánimo en el marco de una situación de equilibrio o de oscilación entre las pruebas de cargo y de descargo⁴⁵⁸.

Se patentiza, pues, cómo el acusado que haya tenido que soportar que el órgano decisor tome contacto con la prueba ilícita (ora en el trámite de cuestiones previas al Procedimiento Abreviado, ora, más señaladamente, presenciando la práctica de la prueba) se habrá visto privado de la posibilidad de que el Juez o Tribunal albergue una duda razonable⁴⁵⁹ acerca de su culpabilidad y, corolario de lo anterior, quede desplazado el principio *in dubio pro reo*. Más aún: en el escenario descrito, la contaminación del juicio será inevitable en tanto en cuanto no será realmente posible que las partes pregunten dudando⁴⁶⁰ a quienes depongan en el acto del Plenario, y, más señaladamente, a aquellos que intervinieron en la ilegítima obtención del material incriminatorio.

Por si lo anterior fuera poco, lo cierto es que, a la hora de abordar el análisis de la eventual vulneración de derechos fundamentales en la obtención del material probatorio, así como, en su caso, la extensión del efecto reflejo (se insiste, independientemente del momento procesal), el juzgador, inevitablemente, va a tener que tomar contacto con las actuaciones practicadas en fase de instrucción, contaminándose de modo inexorable de un material que ni siquiera tendría por qué acceder al acto del juicio, ora

⁴⁵⁸ No obstante, existen autores que consideran que la doctrina jurisprudencial del TS y TC confunde la relación existente entre la presunción de inocencia y el *in dubio pro reo* con las posibilidades o facultades de control casacional que le corresponden; así, ORTELLS RAMOS, M., en VV.AA., "Derecho Jurisdiccional", Tomo III, José María Bosch Editor, Barcelona, 1991, p. 338 (cit. por MIRANDA en la obra que se indicará a continuación); MIRANDA ESTRAMPES, M., "La mínima actividad probatoria ...", *op. cit.*, p. 613; BACIGALUPO ZAPATER, E., "Presunción de inocencia, <<*in dubio pro reo*>> y recurso de casación", Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1988, enero-abril, Tomo XLI, fasc. I, p. 368 (cit. por MIRANDA).

⁴⁵⁹ Nótese que, como destaca NIEVA FENOLL, J., *La duda en el proceso penal*, *op. cit.*, p. 83, el legislador no ha fijado qué porcentaje de duda requiere y, por ello, la apreciación del mantenimiento de la inocencia sigue basada en el simple criterio de cada juez.

⁴⁶⁰ Para CAROFIGLIO, G., *El arte de la duda*, Trad. L. Juanatey, Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 187 y 188, el acto de preguntar dudando sintetiza la esencia y la razón del contrainterrogatorio, constituye expresión de libertad respecto de las ataduras de las verdades convencionales y, sobre todo, respecto al peligro de adoptar resoluciones preconcebidas. "Es, pues, la expresión fundamental –y podríamos decir que la metáfora- de una indagación laica y tolerante de la verdad, que se practica argumentando y persuadiendo".

porque se decretara su nulidad y expulsión, ora porque no se hubieran propuesto o no llegaron a practicarse los medios de prueba a través de los cuales debería aflorar la información en el Plenario. Esta situación supondría una quiebra encubierta de los principios de inmediación, contradicción y oralidad que deben presidir la práctica de la prueba en el proceso penal, así como, en suma, la inobservancia de la doctrina constitucional que, de modo constante y sin fisuras⁴⁶¹, viene exigiendo que la mínima prueba de cargo necesaria para destruir la presunción de inocencia, amén de practicarse con todas las garantías procesales, tenga lugar durante la vista oral. Asistiríamos entonces, bien que -como decimos- de modo encubierto e incluso inconsciente, a lo que VÁZQUEZ SOTELO⁴⁶² definiría como *"uno de los frecuentísimos casos de la vida real en los que el Tribunal forma su convicción en conciencia, con esa libertad omnímoda e irreflenable que dominaba hasta ahora, con las fuentes probatorias derivadas del sumario mismo y no del juicio, e incluso del atestado policial, que se convierte en primer folio del sumario y se recibe como si fuera realmente una actuación judicial"*.

De lo expuesto hasta este lugar es fácil colegir que, como ha destacado MIRANDA ESTRAMPES⁴⁶³, la declaración de ineficacia de la prueba ilícita resulta insuficiente para evitar toda incidencia en el subconsciente del juzgador o para eliminar toda influencia de la prueba ilícita en el grado de convicción de las demás pruebas practicadas en el proceso⁴⁶⁴. Sostiene este autor, en opinión que compartimos plenamente, que una vez que el órgano judicial ha tomado contacto con la prueba ilícita resulta muy difícil (casi imposible, diríamos nosotros) prescindir, consciente o inconscientemente, de su resultado, principalmente cuando se obtienen

⁴⁶¹ Ya desde la STC núm. 31/1981, de 28 de julio.

⁴⁶² VÁZQUEZ SOTELO, J.L., "Presunción de inocencia...", *op. cit.*, p. 333.

⁴⁶³ MIRANDA ESTRAMPES, M., *El concepto de prueba ilícita...*, *op. cit.*, pp. 109 a 113.

⁴⁶⁴ En esta línea, ASECIO MELLADO, J.M., "Prueba ilícita: declaración...", *op. cit.*, afirma que una prueba ilícita que se practica ante el órgano de enjuiciamiento, *"a pesar de su ilicitud conocida, puede incidir en el convencimiento, en la percepción del juzgador, especialmente cuando se trata del Jurado"*, concluyendo que *"este aspecto psicológico no debe perderse de vista pues, aunque no se explicita, genera efectos incluso en profesionales experimentados, sobre todo en asuntos de notoria gravedad"*.

sólidos elementos incriminatorios contra el inculpado, máxime en los supuestos de prueba compuesta⁴⁶⁵. De ahí que MIRANDA sostenga que “*el legislador debe arbitrar los mecanismos adecuados para garantizar plenamente la ineffectividad de las pruebas ilícitas*”, evitando, en cualquier caso, la producción de la prueba ilícita ante el órgano judicial sentenciador, de suerte que está en juego su propia imparcialidad. Y estamos de acuerdo con este autor cuando critica la insuficiencia de la exigencia de motivar las sentencias y su ulterior control como solución al problema de los efectos psicológicos de la prueba ilícita, en cuanto que, efectivamente, es posible estar ante “*un razonamiento probatorio que ajustándose a los parámetros de suficiencia constitucional de la motivación y no siendo, desde un punto de vista de su coherencia interna, arbitrario o irracional, sin embargo, devenga insuficiente para detectar ese influjo psicológico de las pruebas ilícitas*”. Como expone DE MARINO⁴⁶⁶, si la prueba prohibida fuere la única relevante podría aceptarse esta solución, mas lo normal será la concurrencia de varias pruebas y las prohibidas pueden influir en la fuerza de convicción de las demás, sobrevalorándose estas últimas.

Por lo expuesto, MIRANDA ESTRAMPES concluye, a nuestro juicio con acierto, que la única solución realista para evitar la contaminación del órgano judicial pasa por apartar al Juez o a los miembros del Jurado que han tenido contacto con la prueba ilícita, sin que resulte suficiente la eliminación o exclusión física o material de las pruebas ilícitas o con denegarles legalmente toda eficacia. Pero para ello habría que confiar en que el Juez que hubiere tenido contacto con la prueba inconstitucionalmente obtenida se abstuviera o, en caso de no hacerlo, debería ser factible su recusación⁴⁶⁷, resultando que,

⁴⁶⁵ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Las escuchas telefónicas y la prueba...*, op. cit., p. 119, enseña que la prueba compuesta supone que la prueba de un hecho se consiga mediante la concordancia de diversos instrumentos probatorios, de tal manera que si bien cada uno de ellos no es suficiente por sí solo, no obstante, el concurso de todos ellos permite la acreditación del hecho necesitado de prueba.

⁴⁶⁶ DE MARINO BORREGO, R., “Las prohibiciones probatorias como límites del derecho a la prueba”, *Primeras Jornadas de Derecho Judicial*, Presidencia del Tribunal Supremo, Secretaría Técnica, Madrid, 1983, p. 619 (cit. por MIRANDA ESTRAMPES, M., *ibídem*).

⁴⁶⁷ Han abogado por esta solución DE MARINO BORREGO, R., “Las prohibiciones...”, op. cit., pp. 619 y 620; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Las escuchas telefónicas...*, op. cit., p. 131; ASECIO MELLADO, J.M., *La prueba prohibida...*, op. cit., p. 86; GONZÁLEZ

en la actualidad, no existen visos de aplicación práctica de esta solución en nuestro ordenamiento jurídico al carecer de encaje en alguna de las causas de abstención y recusación previstas legalmente en el artículo 219 LOPJ y exigir, en cualquier caso, el primero de los mecanismos, un alto nivel de autocrítica por parte del Juez o Magistrado⁴⁶⁸.

En íntima conexión con lo anterior, debe a nuestro juicio traerse a colación aquí –aunque readaptada a la cuestión objeto de comentario- una de las cuestiones más debatidas del Derecho procesal, a saber, si el Juez puede o no utilizar en el proceso su conocimiento privado. Esta cuestión fue desarrollada y resuelta por STEIN⁴⁶⁹ en el sentido de considerar que la libertad del Juez en la utilización del propio saber tiene un amplísimo campo de aplicación, destacando que el sistema entero de la teoría legal de la prueba no fue sino la expresión de la desconfianza en la aptitud y el buen sentido de los Jueces, en cuanto que quería evitar que “*el hombre hiciera su aparición en el juez*”, y concluyendo que, en definitiva, “*la liberación de esta carga impone al juez, ciertamente, deberes mucho más serios que el simple*

MONTES, J.L., “La prueba obtenida ilícitamente con violación de los derechos fundamentales (el derecho constitucional a la prueba y sus límites)”, *Revista de Derecho Procesal*, 1990, núm. 1 (cit. por MIRANDA ESTRAMPES, M., *ibidem*); FERNÁNDEZ ENTRALGO, J., “Las reglas del juego. Prohibición de hacer trampas: la prueba ilegítimamente obtenida”, en VV.AA., *La prueba en el proceso penal (II)*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1996, pp. 160 y 161, trayendo a colación la doctrina del TC sobre la debida imparcialidad objetiva del juzgador (STC núm. 145/1988, de 12 de julio); Sobre esto último, puede verse mi reciente trabajo “El derecho a un Juez independiente e imparcial en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: un enfoque crítico”, *Revista General de Derecho Procesal* núm. 31, Iustel, septiembre de 2013 (RI §413596); y LÓPEZ YAGÜES, V., *La inviolabilidad de las comunicaciones con el abogado defensor*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003, p. 460. En contra, al considerarla una solución excesivamente drástica, VEGAS TORRES, J., *Presunción de inocencia...*, *op. cit.*, p. 126, nota 131; y PICÓ I JUNOY, J., *El derecho a la prueba en el proceso civil*, José M^a Bosch Editor, Barcelona, 1996, pp. 349 y ss., que sostiene que la exigencia de motivación de la sentencia y el control del razonamiento por parte del Tribunal *ad quem* garantizan la ineficacia de las pruebas ilícitas y se evita, además, un grave inconveniente de la recusación, cual es el uso torticero de la expresada institución con el único ánimo de entorpecer y dilatar el normal desarrollo del proceso.

⁴⁶⁸ Sea como fuere, repárese en que, a la hora de enfrentarse a la interpretación de las causas de recusación de naturaleza objetiva, el TS ha expresado que “*basta acreditar que existen sospechas fundadas, indicios objetivos o incluso apariencias concretas de que ha existido por parte del juzgador una relación previa con el proceso que le ha podido llevar a tener una idea preconcebida del caso o un prejuicio respecto del mismo que le puede llevar a resolver de una manera preconcebida*” (AATS, Sala Especial del art. 61 LOPJ, de 20 de junio y 13 de diciembre de 2011). Por ello, a nuestro juicio, debería ser factible la recusación basada en el impacto psicológico de la prueba ilícita en el juzgador.

⁴⁶⁹ STEIN, F., *El conocimiento privado del juez*, Trad. De la Oliva Santos, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 1990, pp. 71 a 97.

*calcular resultados de prueba según la tarifa establecida*⁴⁷⁰. Mas la cuestión que ahora está siendo objeto de estudio, con constituir de alguna manera un conocimiento privado del Juez (que habrá accedido con mayor o menor profundidad a un material incriminatorio obtenido de modo ilegítimo), desborda los diques de la libertad del Juzgador (nunca omnímoda) y conduce directamente a la absurda tentativa de ponerle puertas al campo. Por mucho que lo desee, no puede el Juez que ha tomado contacto (por superficial que éste sea) con la prueba ilícita, eliminarla sin más de su recuerdo, de su conocimiento, en definitiva, y prescindir de la misma a la hora de valorar el cuadro probatorio.

5.4. LA INCIDENCIA DEL MOMENTO PROCESAL EN LA CONFESIÓN

Valga como culmen de lo expuesto en los párrafos precedentes, un argumento en pro de la inmediata operatividad de la regla de exclusión en el proceso penal, que, precisamente, guarda relación con el tema tratado en este trabajo: la confesión. Con la doctrina jurisprudencial imperante en estos momentos en el TS⁴⁷¹, que, en síntesis, considera que la confesión precedida de prueba inconstitucionalmente obtenida es válida y eficaz si se presta de modo voluntario e informado, bajo ningún concepto puede tolerarse que se llegue a iniciar la práctica de la prueba en el juicio oral sin haberse decidido previamente acerca de qué pruebas son declaradas ilícitas y reflejas y, por ende, expulsadas del proceso en aras a que no surtan efecto alguno. Sin perjuicio de que nos ratifiquemos en las consideraciones expuestas *supra*, consideramos que esta cuestión debe ser resuelta por el Juez o Tribunal, como muy tarde, en la audiencia saneadora previa a la práctica de la prueba en aquellos procesos en los que exista; o bien aplicarse supletoriamente el artículo 287.1 LEC, incluso el artículo 786.2 LECrim. por analogía, en los que no prevean un trámite similar. Y ello por cuanto aguardar al momento del dictado de la sentencia para resolver sobre la ilicitud probatoria es lo que provoca confesiones y fomenta un auge de los acuerdos de conformidad por puro pragmatismo, ante la incertidumbre acerca de la respuesta que va a

⁴⁷⁰ STEIN, F., *El conocimiento privado...*, op. cit., p. 95.

⁴⁷¹ Vid., *supra*, Capítulo IV, apartado 4.2.2.

ofrecer el Tribunal sobre si el acervo probatorio de cargo fue obtenido con violación de derechos fundamentales y, en su caso, hasta dónde extiende sus efectos la nulidad que se pueda decretar⁴⁷². Esta incertidumbre, que no puede ser minimizada merced a un pronóstico o ponderación de riesgos que ni la Defensa ni el acusado están en condiciones de realizar con el deseable porcentaje de acierto, determina que muy variadas violaciones de derechos fundamentales ni siquiera lleguen a ser planteadas, quedando así en hojarasca seca la taxativa previsión del artículo 11.1 LOPJ y, lo que es más grave aún, la convalidación de procesos en los que, por la existencia de prueba inconstitucionalmente obtenida, no se habrán respetado todas las garantías del acusado, llegando incluso a desvirtuarse la presunción de inocencia por mor de una confesión que muy difícilmente habría tenido lugar de haberse reparado la violación y expulsado el material incriminatorio infectado tan pronto como se hubiera conocido. Y no sólo de la confesión, sino también del expresado material de cargo, que, por ejemplo, constituirá la acreditación del cuerpo del delito que no existiría de haber operado la regla de exclusión. A nuestro juicio, pues, en un proceso justo y equitativo, en el que se respeten los derechos fundamentales del acusado, éste, o, si se quiere, su dirección letrada, debe conocer de antemano, cuando menos con carácter previo a ser interrogado en el juicio oral, *-sit venia verbo-* cuáles son sus cartas.

Otro aspecto que debe tenerse muy presente y que, en nuestra opinión, constituye otro argumento en pro de la expulsión de la prueba ilícita cuando menos con carácter previo a que se dé comienzo a la práctica de la prueba en el juicio oral, es que la fortuna que corra la solicitud de que opere la regla de exclusión (y su alcance) determina totalmente el comportamiento procesal del acusado. Así, si la estrategia procesal de su dirección letrada consiste en tratar de obtener la nulidad del material de cargo obtenido directa e indirectamente con violación de derechos fundamentales, lo más coherente y sensato con dicha estrategia es que el acusado haga uso de su derecho a guardar silencio a fin de no reconocer, siquiera sea tácitamente, la existencia

⁴⁷² A incrementar esta incertidumbre, desde luego, coadyuva la tan polémica como insegura doctrina de la conexión de antijuricidad.

y validez del expresado material (piénsese, por ejemplo, en el contenido de unas conversaciones telefónicas)⁴⁷³. En esta línea, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA⁴⁷⁴, tras resaltar que la confesión precedida de prueba inconstitucionalmente obtenida parte de *“un error, absolutamente relevante, que hace inadmisibile como prueba de cargo la citada confesión”*, concluye que *“es preciso que antes de la confesión pudiera saberse la legalidad o la ilegalidad de las pruebas presentadas por la acusación”*.

No en vano, en los casos en los que el acusado podría haber optado por declarar y ofrecer alguna versión *a priori* razonable que constituyera una alternativa divergente no incriminatoria a la conclusión alcanzada por la

⁴⁷³ Y ello a pesar de que, en puridad, no debería ser así (nada tiene que ver el reconocimiento de hechos con la admisión de contenidos del medio ilícito de prueba), mas en aras a evitar lo que ocurrió (en la instancia) en el supuesto tratado en la reciente STS núm. 321/2014, de 3 de abril. En este caso, la Sentencia de instancia (SAP de Palma de Mallorca, Sección 2ª, núm. 90/2012, de 8 de octubre) utilizó las explicaciones que los acusados ofrecieron en el juicio oral para defenderse de la interpretación policial de las escuchas ilegítimamente acordadas, de tal manera que, para el Tribunal *a quo*, aunque las escuchas telefónicas se reputaran nulas, las manifestaciones de los acusados en el plenario habrían saneado su ilicitud, ya que cuando fueron interrogados sobre la realidad de los contenidos grabados asumieron como de su autoría expresiones efectivamente grabadas, pese a ser conscientes de que las escuchas habían sido objeto de impugnación por sus Defensas. La Sala de instancia reprochó a los Letrados defensores que su solicitud de nulidad *“no vino secundada [...] plenamente por la actitud de sus defendidos en el acto del plenario al prestar declaración, puesto que en cierto modo por las respuestas dadas sobre las conversaciones mantenidas, [...], al admitir determinados aspectos de las mismas y en sus extremos de contenido incriminatorio más importante”*, expresando que hubiera sido de esperar, entre otras cosas, *“que sus defendidos hubieran rechazado de plano la realización y contenido de las comunicaciones, o acogido a su derecho a no declarar sobre las mismas al estimar que resultaban invalores por haber sido obtenidas con infracción de su derecho fundamental contenido en el artículo 18.3 de la CE”*.

El TS recuerda que no cabe pretender que la confesión enerve la presunción de inocencia a través de la recuperación del material ilícitamente obtenido, de suerte que si bien es cierto que –conforme a su propia doctrina– la confesión del acusado en juicio puede considerarse un medio de prueba autónomo, en cuanto a su licitud, de la previa grabación ilícita de conversaciones telefónicas, no lo es menos que ello es así en la medida en que el contenido de la confesión es también diverso de las grabaciones. Y *“precisamente esa diversidad justifica la autonomía que desconecta la antijuricidad de la previa fuente de conocimiento”*. De este modo, con cita de la doctrina contenida en la STS núm. 255/2014, de 19 de marzo, y otras anteriores, casa y anula la Sentencia de instancia tras declarar que para que la confesión sea válida en estos casos, amén de prestarse por el acusado cuyos derechos fundamentales han sido previamente vulnerados siendo *“conocedor de la trascendencia convalidante del contenido de sus dichos tenga respecto de pruebas que, en su día, pudieran ser tenidas como nulas”*, debe ser *“completa”*, esto es, *“con admisión de la responsabilidad penal por los hechos confesados o, cuando menos, con aceptación expresa de todos los hechos necesarios para la calificación de los mismos como delito, no pudiendo ser utilizada la declaración con carácter fragmentario, tan sólo en aquellos aspectos que pudieran ser contrarios para el confesante e ignorando lo que le fuere favorable”*.

⁴⁷⁴ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *El derecho a guardar silencio y no incriminarse*, Manuales de Formación Continuada, CGPJ, Madrid, 2004, pp. 559 y 560.

Acusación al interpretar el resultado obtenido merced a la intromisión ilegítima en alguno de sus derechos fundamentales (siguiendo con el ejemplo anterior, podría haber explicado el contenido de las conversaciones que la Acusación considera incriminatorias), en puridad, se habrá privado al acusado de acogerse a un derecho de rango fundamental. Y, lo que es peor, de haber decidido guardar silencio en el juicio oral con la legítima expectativa de que el órgano decisor decretara la nulidad de la prueba ilícita, en el caso de que éste desestimara la solicitud de su dirección letrada, podría valorar el silencio en contra del acusado si el cúmulo de pruebas de cargo (finalmente no expulsadas del cuadro probatorio) reclamaran una explicación por su parte. En este sentido, interesa destacar la STC núm. 202/2002, de 24 de julio y la STS núm. 679/2013, de 25 de julio, y las que allí se citan⁴⁷⁵. Esta doctrina jurisprudencial halla su origen en la STEDH de 8 de junio de 1996, caso *Murray vs. Reino Unido*, en cuanto que el Tribunal Europeo estableció que, efectivamente, el silencio del acusado, aun siendo un derecho, puede ser objeto de valoración cuando el cúmulo de pruebas de cargo reclame una explicación de los hechos por su parte, de suerte que el expresado silencio puede considerarse válidamente una ratificación del contenido incriminatorio de otras pruebas (*vid.*, asimismo, la STEDH de 2 de mayo de 2000, caso *Condrom vs. Reino Unido*). Y, como recuerda la ya citada STS núm. 679/2013, la doctrina *Murray* “se ha venido acogiendo por esta Sala, como doctrina casacional, al menos desde la STS 918/1999, de 9 de junio, con esta misma ponencia, e incluso con anterioridad, en procedimientos de única instancia por aforamiento, en la STS dictada en la causa especial contra la Mesa Nacional de Herri Batasuna, de 29 de Noviembre de 1997”.

En verdad, como se ha ocupado de clarificar la STS núm. 874/2013, de 21 de noviembre, en un certero intento de que no se sobredimensione o, al menos, no se malinterprete la doctrina *Murray*, una inteligencia rigurosa del

⁴⁷⁵ Se trata de una solución distinta a la adoptada por la jurisprudencia alemana, la cual, pese a admitir en una etapa anterior el silencio del inculpado como un indicio de culpabilidad, más modernamente considera que el principio del “*fair trial*” exige la negación de cualquier valor probatorio al silencio del acusado, con una sola limitación: podrán derivarse consecuencias desfavorables si el acusado declara y, a su vez, guarda silencio respecto a determinados puntos o no contesta ciertas preguntas. Así lo explica ROXIN, C., *La evolución de la Política Criminal, el Derecho Penal y el Proceso Penal*, Trad. Carmen Gómez Rivero y María del Carmen García Cantizano, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 123 y 124.

principio *nemo tenetur se detegere* del nivel que exige su rango constitucional –declara esta Sentencia- *“impone la conclusión de que, en el plano probatorio, el silencio del imputado es igual a cero”*. Y es que, en efecto, de concurrir esos poderosos elementos incriminatorios en ausencia de prueba de descargo (incluida la que podría brindar el acusado a través de su declaración), *“serán pura y simplemente estos, por su propia virtud, los que, en su caso, acrediten sin más la hipótesis de la acusación”*. En palabras de la STS núm. 470/1999, de 29 de marzo, que hicieron fortuna y fueron reproducidas en muchas otras más recientes (por todas, *vid.* la STS núm. 867/2013, de 28 de noviembre): *“El silencio es en realidad la ausencia de una explicación que precisamente porque no existe en nada afecta a la racionalidad de la inferencia obtenida de los indicios; una racionalidad en la deducción que, si fluye de los propios indicios, y discurre a través de las reglas de la lógica y de la experiencia, el solo silencio del acusado por sí mismo no destruye ni atenúa. No se condena por no explicar. Se condena por unos indicios suficientes para construir racionalmente una deducción, es decir, por la existencia de una prueba indiciaria, que como tal no encuentra a su vez en el silencio del acusado otra prueba que neutralice su capacidad demostrativa”*.

Otro problema sobre el que debemos alertar y, por ende, será objeto de nuestro análisis es aquél que tiene lugar cuando, incluso decretándose la nulidad y operando la regla de exclusión hasta tal punto que el escenario procesal se presente como un absoluto desértico vacío probatorio, habiendo guardado silencio el acusado, la Acusación recurre la sentencia y el Tribunal (de apelación o de casación) estima el recurso por considerar que la prueba, en todo o en parte (merced a la teoría de la conexión de antijuricidad), no debió ser expulsada, tratándose de un vicio *in procedendo* (el recurso se habrá articulado por el cauce de la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de la Acusación o bien del derecho a la prueba pertinente). En tal caso, el Tribunal ordenará la anulación de la resolución que puso fin a la instancia, así como la retroacción de las actuaciones hasta el momento inmediatamente anterior al dictado de la sentencia, para que el Juez o Tribunal dicte nueva resolución valorando, ahora sí, la prueba que

había sido indebidamente excluida del cuadro probatorio. En estos supuestos, el acusado que se haya acogido a su derecho a no declarar tampoco podrá corregir su decisión. Este supuesto ha sido tratado por la STS núm. 343/2012, de 30 de abril. La Sala de instancia, acogiendo la cuestión previa planteada por una de las Defensas, a la que se adhirieron el resto, relativa a la violación del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones en la obtención de las pruebas de cargo contra los acusados, decretó su nulidad en sentencia, habiéndose acogido todos los acusados a su derecho a guardar silencio. Interpuesto recurso de casación por parte del Ministerio Fiscal, el TS consideró que las intervenciones telefónicas respetaron el derecho fundamental que la Sala de instancia entendió vulnerado y, corolario de lo anterior, ordenó a dicho Tribunal que volviera a dictar sentencia valorando *"la resultancia de la intervención telefónica"*. Una de las Defensas (la misma que había planteado la cuestión previa aludida) promovió un incidente de nulidad de actuaciones frente a la STS al entender que, con la decisión adoptada en sede de casación, los acusados se habrían visto privados de la posibilidad de ofrecer explicación alguna sobre el contenido de las conversaciones telefónicas. El indicado incidente fue rechazado a trámite⁴⁷⁶, limitándose a expresar el TS, de un modo ciertamente apodíctico, que lo denunciado por la Defensa *"no es sino consecuencia de la nulidad declarada en la Sentencia dictada, evitando el doble enjuiciamiento de los hechos"*, lo que induce a pensar que más que tutelar el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías, el TS habría asegurado una suerte de *"derecho a una condena con todas las garantías"*⁴⁷⁷.

En méritos de la problemática expuesta en las líneas precedentes, vamos más allá y consideramos que las resoluciones relativas a la ilicitud probatoria deben dictarse en fase de instrucción (como culmen de la misma) y, además, agotarse el recurso o los recursos que puedan proceder con

⁴⁷⁶ Mediante Providencia de fecha 12 de julio de 2012, dictada en el Recurso núm. 001/0001207/2011.

⁴⁷⁷ En afortunada expresión empleada por la Magistrada ASUA BATARRITA en su Voto Particular a la reciente STC núm. 157/2013, de 23 de septiembre, en un supuesto relativo la problemática derivada de la condena del absuelto en la instancia.

anterioridad a la formulación de conclusiones provisionales; pudiendo y debiéndose acordar el sobreseimiento de la causa conforme a lo establecido en el artículos 637, 641 y 779.1.1ª LECrim. (este último en sede de Procedimiento Abreviado) cuando, una vez purgados los rendimientos obtenidos merced a las diligencias teñidas de ilicitud y sus derivadas, se verifique la ausencia de indicios racionales de criminalidad.

No es que nada justifique que la cuestión de la prueba ilícita sea tratada por el Juez o Tribunal en sentencia -que también-, sino que la postergación de la decisión hasta el expresado momento procesal puede devenir perjudicial para el acusado, que se ve obligado a optar por una concreta estrategia procesal en un marco de una tan absoluta como innecesaria incertidumbre, en el que incluso puede que deba optar por renunciar a acogerse a derechos constitucionalmente consagrados, y de la estrategia procesal adoptada en tales condiciones se acabe siguiendo un gravamen. Esta situación no se cohonest, en absoluto, con la idea del debido proceso.

Los problemas derivados de las reticencias e incluso abiertas y contumaces negativas a la expulsión de la prueba ilícita cuando menos con anterioridad al inicio del juicio oral parecen no tener fin, tal y como se podrá convenir con nosotros si se repara en que, amén de lo ya expuesto, un gran número de acuerdos de conformidad no se alcanzarían de haberse resuelto la cuestión con anterioridad al expresado momento procesal. En efecto, postergar la cuestión de la prueba ilícita al juicio oral fomenta ese “gran fracaso del Estado”, las conformidades⁴⁷⁸, quedando en tales casos convalidadas, o, cuando menos, perdonadas las obtenciones inconstitucionales de fuentes de prueba; favorece las injerencias ilegítimas en

⁴⁷⁸ DE LA OLIVA SANTOS, A., ““Disponibilidad del objeto, conformidad del imputado y vinculación del Tribunal a las pretensiones en el proceso penal”, en *Revista General de Derecho*, núm. 577-578, octubre-noviembre 1992, pp. 9.887 y 9.888, definió las conformidades en estos certeros términos, denunciando que “a causa de este fracaso, con un pragmatismo que en ocasiones parece cínico, se renuncia expresamente a perseguir penalmente lo que, sin embargo, se sigue considerando merecedor del máximo reproche social; se renuncia también a que a todos se les apliquen los mismos patrones legales de sanción, y, antes, se prescinde de garantías convenientes –porque se siguen considerando convenientes- para no castigar al inocente y no absolver ni castigar inmoderadamente al culpable”.

derechos fundamentales materiales, lo cual, a su vez, no hace sino afectar al derecho fundamental a un proceso con todas las garantías que asiste al acusado; y lanza un mensaje a los agentes infractores: sigan obteniendo material incriminatorio sin respetar los derechos fundamentales de los ciudadanos, pues, en ocasiones, se obviarán y, además, se obtendrá su condena en virtud de un acuerdo de conformidad⁴⁷⁹.

Si, como afirma FERRAJOLI⁴⁸⁰, la legitimación democrática de los jueces deriva de su función de garantía de los derechos fundamentales, aquéllos corren, en mi opinión, el riesgo de perder cualquier legitimación si, con dejación de sus funciones y coadyuvando al éxito de una pretensión punitiva, no ponen en marcha el mecanismo contenido en el artículo 11.1 LOPJ para garantizar la salvaguarda de los derechos fundamentales. Precisamente, el expresado autor afirma que *"ninguna mayoría puede hacer verdadero lo que es falso, o falso lo que es verdadero, ni, por tanto, legitimar con su consenso una condena infundada por haber sido decidida sin pruebas"* o -añado yo- cimentada sobre prueba inconstitucionalmente obtenida. De ahí que a FERRAJOLI, con razón, le parezcan *"inaceptables y peligrosas para las garantías del justo proceso y, sobre todo del proceso penal las doctrinas «consensualistas» y «discursivas» de la verdad que (...) algunos penalistas y procesalistas querrían importar ahora en el proceso penal, quizá para justificación de esas instituciones aberrantes que son las negociaciones sobre la pena. En efecto, ningún consenso -ni el de la mayoría, ni el del imputado- pueden valer como criterio de formación de la prueba. Las garantías de los derechos no son derogables ni disponibles"*. Estas reflexiones del maestro italiano devienen, a nuestro juicio, de plena aplicación al tema objeto de análisis⁴⁸¹.

⁴⁷⁹ El trueque, nunca explicitado por escrito, consiste en intercambiar la reducción de años de prisión por la renuncia o retirada de la queja relativa a la vulneración de derechos fundamentales. Objetivamente, y por muy atractivo que pueda resultar el acuerdo para el acusado, saldrá ganando el Estado, beneficiándose de una violación que debió ser reparada con anterioridad al señalamiento mismo del juicio oral.

⁴⁸⁰ FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías. La ley...*, op. cit., pp. 27 y 28.

⁴⁸¹ IHERING, R.V., *La Lucha por el Derecho*, Comares, Granada, 2008 (Trad. de A. Posada), pp. 57 y 58, partiendo de la premisa de que la defensa del Derecho es un deber que tenemos para con la sociedad, afirmó que el Derecho *"no será letra muerta, y se realizará,*

De otro lado, LANGBEIN⁴⁸² ha sostenido que las confesiones que dan lugar al acuerdo de conformidad⁴⁸³ carecerían de validez al derivar de la coacción que el sistema ejerce sobre el acusado, al que se amenaza con una mayor pena si no confiesa, comparando, por ello, el sistema de rebaja de la pena merced a la confesión con la tortura en el proceso inquisitivo medieval, señalando que la única diferencia entre romper los huesos del imputado que se niega a confesar y añadirle años de prisión es cuantitativa, pero no cualitativa. Sin necesidad de radicalizar el discurso de este trabajo hasta tal

en el primer caso, si las autoridades y los funcionarios del Estado cumplen con su deber; en el segundo, si los individuos hacen valer sus derechos. Pero si por cualquiera circunstancia, sea por comodidad, por ignorancia o por pereza, estos últimos quedan largo tiempo inactivos, el principio legal perderá por el hecho mismo su valor”.

⁴⁸² LANGBEIN, J.H., "Sobre el mito de las constituciones escritas: la desaparición del juicio penal por jurados", *Harvard Journal of Law and Public Policy*, vol 15, núm. 1, pp. 19 y ss., versión publicada en *Nueva Doctrina Penal*, Editores Del Puerto, Buenos Aires, t. 1996/A (Trad. de A. Bovino y C. Courtis), pp. 45 y ss.

⁴⁸³ Conviene precisar que, tal y como aparece regulada en nuestro ordenamiento jurídico, la conformidad puede considerarse una modalidad de allanamiento. Al respecto, puede verse ALCALÁ-ZAMORA, N., *El allanamiento en el proceso penal*, Colección Breviarios de Derecho 50, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1962, especialmente pp. 142 y ss. En cualquier caso, no se nos oculta que, como señala BUTRÓN BALIÑA, P.M., *La conformidad del acusado en el proceso penal*, McGraw-Hill, Madrid, 1998, pp. 179 a 181, la conformidad se presenta como una institución de naturaleza ciertamente compleja, por lo que nos parece correcta su descripción como “*un acto procesal sui géneris, que presenta notas que lo asemejan a determinadas instituciones procesales, pero que responde a unas señas de identidad propias que le dotan de una peculiar fisonomía*”. Y, resultando obvio que una de esas figuras es la confesión, no resultará ocioso afirmar, siguiendo a DE DIEGO DÍEZ, L.A., *La conformidad del acusado*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997, pp. 82 y 83, que el concepto de confesión no sirve para ofrecer una explicación unitaria de las distintas manifestaciones de la conformidad, fundamentalmente porque el objeto de la conformidad es más amplio que el de la confesión. Así, ésta tan sólo se proyecta, a través de la declaración del acusado, sobre el reconocimiento de hechos, mientras que aquélla comprende el escrito de acusación en su integridad, lo que determina la asunción no sólo del relato fáctico, sino también de la calificación jurídica, grado de participación (autor, cooperador necesario, cómplice, inductor), circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y pena, con participación efectiva del Abogado defensor, lo que determina la terminación del proceso. Como expresa la Consulta 1/2000, de 14 de abril, de la Fiscalía General del Estado, no hay que confundir “*la prestación de conformidad del acusado, que implica una declaración de voluntad tendente a truncar el proceso, con la declaración del acusado sobre los hechos en la fase probatoria del juicio oral, que se trata de una declaración de conocimiento con verdadero alcance probatorio*”.

Sobre la conformidad, *vid.* BARONA VILAR, S., *La conformidad en el proceso penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1994; RODRÍGUEZ GARCÍA, N., *El consenso en el proceso penal español*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1997; MIRA ROS, C., *Régimen actual de la conformidad*, Colex, Madrid, 1998; y, más recientemente, GASCÓN INCHAUSTI, F. y AGUILERA MORALES, M., *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: comentario a la Ley 38/2002 y a la Ley Orgánica 8/2002, de 24 de octubre*, Thomson-Civitas, Madrid, 2003, pp. 133 a 152 y 371 a 409.

Acerca de la “negociación” Acusación-acusado, véase el interesante trabajo de DE LA OLIVA SANTOS, A., “Disponibilidad del objeto, conformidad del imputado,...”, *op. cit.*, pp. 9.877 y ss.

extremo, en cuanto que consideramos que los acuerdos de conformidad, alcanzados de modo informado, voluntario y con un asesoramiento técnico efectivo, son perfectamente legítimos y necesarios, lo que sí debemos advertir es que la innecesaria e improcedente postergación de la resolución de la cuestión de la ilicitud de la prueba y su efecto reflejo a un momento posterior a aquel en el que el acusado ya habrá tenido que decidir si acepta o no el acuerdo de conformidad, no puede por menos que considerarse una coacción estatal injustificable e injustificada. Tan peligrosa es la indicada postergación que puede incluso suceder, como ha sucedido, que en casos de inocencia el acusado se sienta atraído por una propuesta de una pena muy reducida para evitar el riesgo de una posible condena mayor⁴⁸⁴, lo que, tal y como se ha expuesto en párrafos precedentes, resulta todavía más atractivo para los acusados que llegan al juicio oral en situación de prisión preventiva.

Si, como razona ASECIO MELLADO⁴⁸⁵, la regla de exclusión constituye un principio básico del Estado democrático que refleja en el proceso penal los avances de la protección de los derechos humanos y que costó siglos conseguir; y si, como ha ensalzado CALVINHO⁴⁸⁶, *"debemos edificar el proceso considerándolo una derivación de la dignidad humana a partir de los derechos que busca proteger y efectivizar"*⁴⁸⁷, la inmediata expulsión de la prueba inconstitucionalmente obtenida, incluso en fase de instrucción, se halla plenamente justificada, máxime si se repara en que nunca debió incorporarse al proceso y que debe protegerse no sólo que el encausado no sufra consecuencias procesales (v.gr., prisión preventiva) por mor de la prueba ilícita -que también-, sino que el encausado no se vea condicionado en su actitud procesal por la existencia física de material

⁴⁸⁴ Vid., DEL MORAL GARCÍA, A., "Verdad y Justicia Penal", *Ética de las profesiones jurídicas. Estudios sobre deontología*, vol. I. Universidad Católica de San Antonio, Murcia, 2003, p. 546.

⁴⁸⁵ ASECIO MELLADO, J.M., "La exclusión de la prueba ilícita en la fase de instrucción...", *op. cit.*

⁴⁸⁶ CALVINHO, G., *El proceso con Derechos Humanos. Método de debate y límite al poder*, La Ley Paraguaya, Asunción, 2011, p. 142.

⁴⁸⁷ En el mismo sentido y línea de pensamiento, vid. ALVARADO VELLOSO, A., *Sistema Procesal: Garantía de la Libertad*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009, p. 311, para quien *"la idea de proceso supone algo más que la simple concatenación de actos: supone la bilateralidad de las instancias de las partes"*.

contaminado en el proceso. Nunca se podrá concluir más allá de toda duda razonable que el encausado habría confesado igualmente de haberse expulsado inmediatamente el expresado material.

La situación se complica -más aún si cabe- si se cae en la cuenta de que cuando la LECrim., en sede de Procedimiento Abreviado, regula la conformidad⁴⁸⁸, no atribuye al Juez o Tribunal ningún mecanismo de control de la existencia de prueba ilícita (*vid.* apartados 2 y 3 del artículo 787⁴⁸⁹), y, que, en cualquier caso, su detección no facultaría al acusado para recurrir la sentencia (artículo 787.7). Sin embargo, y aunque no se refieran exactamente al tema objeto de tratamiento, existen autores como MORENO VERDEJO⁴⁹⁰ que sostienen que a pesar de que la dicción del apartado 1 del artículo 787 LECrim. cuando expresa “...si a partir de la descripción de los hechos aceptada por todas las partes...” pudiera, en una primera lectura, parecer un veto al juzgador para cuestionar el hecho conformado, no sería sino “*reflejo de la prohibición impuesta al juzgador por el art. 789.3 de alterar el hecho, es*

⁴⁸⁸ Aun sin desconocer que en el Procedimiento Ordinario por delitos graves también se regula –ya desde la regulación original de la LECrim.- la conformidad del acusado en dos momentos procesales, a saber, en el escrito de calificación provisional de la defensa (art. 655) y en el acto del juicio oral, al comienzo de las sesiones (arts. 688.II a 700), hemos optado por partir de la regulación del Procedimiento Abreviado, de suerte que, por una parte, es la más frecuente en la práctica, deviniendo anecdóticas las conformidades en sede de Procedimiento Ordinario (nótese que para que sean viables la pena de privación de libertad no puede exceder los seis años de duración cuando en este tipo de procedimiento se ventilan delitos castigados con pena superior a nueve), y, de otra parte, porque, como expresa CHOZAS ALONSO, J.M. (“La conformidad penal española y el *patteggiamento* italiano. Breve estudio de derecho comparado”, *La Ley Penal: revista de Derecho Procesal, Penal y Penitenciario*, núm. 104, septiembre-octubre de 2013, p. 104), la regulación del Procedimiento Ordinario no encaja muy bien con la naturaleza y finalidad de la moderna conformidad, incorporada al ordenamiento español a través de la Ley 7/1988 (Procedimiento Abreviado) y ampliada posteriormente mediante la Ley 38/2002 (Juicios Rápidos), en cuanto que parece brillar por su ausencia el elemento “negociación” y, a nuestro juicio, ganar enteros la idea de “adhesión”. Sobre la excepcionalidad de la conformidad en el Proceso Ordinario *vid.*, asimismo, TOMÉ GARCÍA, J.A. (con DE LA OLIVA SANTOS, A., ARAGONESES MARTÍNEZ, S., HINOJOSA SEGOVIA, R. y MUERZA ESPARZA, J.), *Derecho Procesal Penal*, Ed. Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2004, p. 458 (cit. por CHOZAS ALONSO).

⁴⁸⁹ En cualquier caso, con carácter previo a este momento procesal, la LECrim. prevé la posibilidad de que el acusado se conforme. En este sentido, *vid.* artículos 779.5º, 784.3º y 801, así como el Protocolo de Actuación para Juicios de Conformidad suscrito entre la Fiscalía General del Estado y el Consejo General de la Abogacía, de 1 de abril de 2009, y la Instrucción de la Fiscalía General del Estado núm. 2/2009 relativa a su aplicación.

⁴⁹⁰ MORENO VERDEJO, J., “La conformidad”, en VV.AA., *El juicio oral en el proceso penal (especial referencia al procedimiento abreviado)*, Colección de Estudios de Derecho Procesal Penal núm. 26, Comares, Granada, 2010, pp. 47 y 48.

decir, de condenar por hecho distinto de aquel objeto de la acusación". De ahí que, siguiendo a VARELA CASTRO⁴⁹¹, el expresado autor señale que el mandato de "*partir del hecho aceptado*" no equivale a tener por probado el hecho, lo cual es bien distinto.

Lo ideal y, desde luego, lo más respetuoso con los derechos fundamentales de todo acusado, sería, *de lege ferenda*, que el órgano jurisdiccional ante el que se preste la conformidad pudiera verificar la existencia de prueba inconstitucionalmente obtenida y, en su caso, la extensión de sus efectos reflejos, estando facultado -y obligado- a rechazar la conformidad⁴⁹² y dictar sentencia absolutoria⁴⁹³ en aquellos supuestos en los que, expulsada la prueba obtenida directa e indirectamente con violación de derechos fundamentales, no existiera *prima facie* prueba de cargo suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia del acusado. No se nos oculta, antes al contrario, que, en cierto modo, incurrimos en una acrobacia argumentativa al pretender que se verifique la inexistencia o insuficiencia de "prueba" de cargo cuando ésta, en puridad, ni siquiera ha sido practicada, al ser el acto del juicio oral el momento procesal oportuno, pero pueden existir supuestos en los que, expulsado el cuerpo del delito merced a la regla de exclusión, el Juez o Tribunal sea consciente de que nunca va a poder sustanciar una condena⁴⁹⁴ (salvando muchísimo las distancias, el artículo 108.4º BACPP permite al Tribunal rechazar la conformidad y ordenar la prosecución del juicio en caso de que no conste la existencia del cuerpo del

⁴⁹¹ VARELA CASTRO, L., "Para una reflexión sobre el régimen de la conformidad en el procedimiento abreviado", en VV.AA., *El procedimiento abreviado*, Cuadernos de Derecho Judicial IX, CGPJ, Madrid, 1992, p. 219.

⁴⁹² Salvando las distancias, el artículo 50.2 LOTJ permite al Magistrado Presidente no aceptar la conformidad y ordenar la prosecución del juicio en lugar de la disolución del Jurado si entendiésemos que existen motivos bastantes para concluir la inexistencia objetiva o subjetiva del hecho.

⁴⁹³ De un modo similar a la facultad de disolución anticipada del Tribunal del Jurado que el artículo 49 LOTJ le confiere al Magistrado Presidente.

⁴⁹⁴ No en vano, como explica GASCÓN INCHAUSTI, F., "Justicia penal negociada...", *op. cit.*, en EEUU, al menos en el plano teórico, el Tribunal debe cerciorarse de que existe una base fáctica para la declaración de culpabilidad no sólo con la confesión del acusado, sino también "*preguntando al fiscal qué pruebas sustentarían su acusación en un juicio*".

delito y debiera existir de haberse cometido el mismo⁴⁹⁵). En supuestos más dudosos, el derecho a la tutela judicial efectiva de la Acusación exigiría que se celebrara el juicio, siendo ésta una solución asumible, mas, como se ha defendido en párrafos precedentes, el órgano jurisdiccional debería decretar la nulidad y determinar su extensión, así como la expulsión del material ilícito, para, a continuación, retrotraer las actuaciones hasta el momento inmediatamente anterior a la formulación de conclusiones provisionales. Y, en fin, en caso de llegar a abrirse juicio oral, éste debería celebrarse ante un Juez o Tribunal distinto al que intervino en primer lugar, sin que nada impida, antes al contrario, que, en tal caso, Acusación y Defensa alcancen un acuerdo de conformidad. Se trataría tal vez de un largo viaje, pero sólo así podría alcanzarse la profilaxis exigible. En cualquier caso, como señala MORENO VERDEJO⁴⁹⁶ al referirse a la prueba de los hechos en sede de conformidad, el juzgador debe vigilar la existencia del hecho mismo, esto es, *“la coincidencia del hecho conformado con la verdad material”*, citando en apoyo de su tesis las ya añejas SSTs de 1 de marzo de 1988 y 19 de julio 1989 y concluyendo que, ciertamente, será infrecuente que el Juez cuestione la realidad de los hechos ante la conformidad del acusado, lo que no empece que el juzgador pueda –y deba, añadiríamos nosotros- dudar sobre la motivación de la expresada conformidad *“a la vista de las diligencias practicadas en la instrucción o de otras circunstancias”*. Todo ello no deja de resultar paradójico si se cae en la cuenta de que constituye doctrina consolidada tanto en el TC (*vid., ad exemplum*, la Sentencia de 4 de octubre

⁴⁹⁵ CHOZAS ALONSO, J.M., “La conformidad...”, *op. cit.*, pp. 110 y 111, señala que, a su juicio, el proyectado artículo 108 ha tenido muy presente el diseño del control judicial establecido en Italia para el “patteggiamento”. Este autor, tal vez rebasando la literalidad del precepto e influido por la expresada institución del Derecho italiano, postula que el Tribunal también puede llegar a la conclusión de que no hay elementos para mantener la imputación, por lo que el proceso debiera terminarse de modo anticipado con sentencia absolutoria, por ejemplo, no sólo si el hecho delictivo nunca se ha producido, sino también *“si el imputado no es el responsable del mismo (hay elementos que evidencian su inocencia)”*. Sin embargo, CHOZAS reconoce que, en el fondo, el Juez no comprueba la existencia de culpabilidad, sino que se limita a verificar la ausencia de causas de no punibilidad (nota 27, *ibidem*). En este sentido, *vid.* FERRUA, P., *Il “giusto processo”*, Zanichelli, Bologna, 2012, pp. 75 y ss. (cit. por CHOZAS ALONSO).

Sobre el “patteggiamento”, *vid.* MARCOLINI, S., *Il patteggiamento nel sistema della Giustizia penale negoziata. L'accertamento della responsabilità nell'applicazione della pena su richiesta delle parti tra ricerca di efficienza ed esigenze di garanzia*, Giuffrè Editore, Milano, 2005.

⁴⁹⁶ MORENO VERDEJO, J., “La conformidad”, *op. cit.*, p. 47.

de 1989) como en el TS (por todas, la Sentencia núm. 1.652/2001, de 17 de septiembre) que la prestación de conformidad supone, *per se*, la destrucción de la presunción de inocencia del acusado. Mas esta doctrina encuentra su razón de ser o nace con ocasión de recursos interpuestos por quienes previamente se han conformado, impidiendo, pues, en palabras de la STS núm. 1.652/2001, “la práctica de prueba de cargo en el juicio oral” ante la precedente admisión de hechos por parte del acusado debidamente asesorado por su Letrado defensor.

Para completar el sistema propuesto, debería permitirse interponer recurso contra las sentencias de conformidad en aquellos casos en los que se invoque la conculcación del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías derivada de la no expulsión de la prueba ilícita con carácter previo a haberse alcanzado la conformidad⁴⁹⁷. Y ello en la medida en que los derechos fundamentales son una *res extra commercium*. Mas fácilmente puede colegirse que la solución propuesta deviene *de lege ferenda*, de suerte que, en la actualidad, constituye doctrina consolidada, constante y sin fisuras la que determina la irrecorribilidad de las sentencias de conformidad que recogen el acuerdo alcanzado y que, en síntesis, pivota sobre tres argumentos: 1º) El principio de que nadie puede ir en contra de sus propios actos, impugnando lo que ha aceptado libre y voluntariamente con el aval de su Letrado defensor; 2º) El principio de seguridad jurídica, fundamentado en la regla *pacta sunt servanda*⁴⁹⁸; 3º) Las posibilidades de fraude, en el sentido

⁴⁹⁷ No obstante, para evitar disfunciones y fraudes procesales, sería deseable que el cauce propuesto no fuera utilizable en los supuestos en que no hubiera sido puesta de manifiesto la violación de derechos fundamentales con antelación a la perfección del acuerdo de conformidad, entre otras cosas porque se trataría de un debate suscitado *per saltum* en segunda instancia o casación, según los casos.

⁴⁹⁸ Subyace claramente en este punto una concepción iusprivatista de la conformidad en lo que, de nuevo, constituiría una norteamericanización del proceso penal español, de suerte que, como señala GASCÓN INCHAUSTI, F., “Justicia penal negociada...”, *op. cit.*, “los juristas estadounidenses contemplan el plea bargaining desde una perspectiva mucho más iusprivatista de lo que nos parece aceptable desde esquemas jurídicos continentales cuando se trata de acercarse al Derecho penal y a su aplicación judicial”, lo que se traduce en dos enfoques básicos, cuales son, de un lado, que el *plea bargaining* constituye una modalidad más de la contratación, lo que determina que todos sus aspectos se interpreten y decidan utilizando los principios contractuales básicos, y, de otro, que esta institución es “un entramado de renunciaciones de derechos, muchos de ellos fundamentales”. Y, en efecto, el acusado debe renunciar también a denunciar ilicitudes probatorias o a mantener la denuncia en caso de haberse articulado con anterioridad a la negociación extraprocesal y/o

de que la defensa podría llevar a cabo una negociación dirigida a conseguir una calificación y una pena más benévola para posteriormente impugnarlas habiéndose asegurado un “techo” más bajo que el que podría haberle sido impuesto de celebrarse el juicio oral (*vid.*, por todas, la STS de 24 de junio de 2004)⁴⁹⁹. Una solución intermedia –*rectius*, de compromiso- en la teoría pero inaplicable en la práctica pasaría por inspirarse en las Reglas Federales del Procedimiento Penal norteamericano⁵⁰⁰ y admitir la posibilidad de que el acusado admita su culpabilidad de forma condicional (“*conditional guilty plea*”) ⁵⁰¹, reservándose por escrito el derecho a recurrir la denegación improcedente de alguna moción como, en lo que aquí interesa, la de supresión. Pero en la medida en que la expresada admisión condicional debe hacerse con el consentimiento del Tribunal y del Fiscal (“*Prosecutor*”), esta posibilidad legal carecería, al menos en España, de recorrido real. Ningún representante del Ministerio Público aceptaría semejante condición.

Por tanto, sólo permitiéndose la denuncia de la ilicitud probatoria tan pronto como sea detectada, estableciéndose la necesaria resolución de la

formalización de la conformidad, tal y como a mi juicio sucede, de modo velado –si se quiere-, en España, en lo que constituiría la enésima norteamericanización del proceso penal.

⁴⁹⁹ Evidentemente, como toda regla general, la doctrina de la irrecurribilidad de las sentencias de conformidad que recogen el acuerdo alcanzado no está exenta de excepciones. Éstas, partiendo de la meritada STS, podrían reconducirse a los siguientes supuestos: 1ª) Cuando se haya dictado en un supuesto no admitido por la Ley (pena superior al límite legalmente establecido -*vid.* arts. 655 y 688 LECrim.-); 2ª) Cuando no se hayan respetado las exigencias procesales establecidas (*v.gr.*, la doble garantía de anuencia de acusado y Abogado); 3ª) Cuando se haya producido un vicio en el consentimiento (error, violencia, intimidación o dolo); y 4ª) Cuando se vulnere el principio de legalidad como consecuencia de la imposición de una pena improcedente conforme a la calificación jurídica de los hechos. Cabría, tal vez, en este estado de cosas, plantearse hasta qué punto no constituye una intimidación estatal (¿legítima?) la amenaza de castigo en el seno de la incertidumbre acerca de la existencia o no de prueba inconstitucionalmente obtenida y su efecto reflejo. Por último, conviene precisar que nada empece que una sentencia de conformidad pueda ser revisada por la vía del art. 954 LECrim., siempre que concurra alguno de sus presupuestos (*vid.*, en este sentido, la STS núm. 803/2013, de 31 de octubre, que no considera reprochable la conducta procesal del acusado, consistente en conformarse con una pena rebajada como autor responsable de un delito contra la seguridad del tráfico -conducción sin autorización administrativa para conducir por pérdida de puntos- y, a continuación, tras estimarse en vía contencioso administrativa sus alegaciones y, en suma, anularse una sanción de tráfico y, corolario de lo anterior, la declaración de pérdida de la licencia para conducir, interponer recurso extraordinario de revisión ex art. 954.4 LECrim.).

⁵⁰⁰ Concretamente, la Regla 11 (a) (2) de las *Federal Rules of Criminal Procedure*.

⁵⁰¹ Sobre esta cuestión, *vid.* FIDALGO GALLARDO, C., *Las “pruebas ilegales”...*, *op. cit.*, pp. 426 a 428.

cuestión tan pronto como sea planteada y, corolario de lo anterior, expulsándose inmediatamente el material infectado podrá evitarse que se produzca la llamativa paradoja que ha observado DEL MORAL GARCÍA⁵⁰² en los Estados Unidos de América⁵⁰³: *"primero se construye un sistema procesal complicado, lento, lastrado por el máximo escrúpulo hacia las garantías y se configura un genuino y bien desarrollado derecho a un juicio justo. Y, acto seguido, se comprueba que sería insoportable socialmente que todos los ciudadanos acusados de un delito exigiesen esos derechos tan enfáticamente proclamados y cuidadosamente salvaguardados, se inventan técnicas y estrategias para conseguir que "libremente" se renuncie por la mayor parte de los acusados a esos derechos. Para eso, hay que ofrecerles algo: el Estado les oferta reducciones de pena"*⁵⁰⁴.

En suma, pues, únicamente con un adecuado y eficiente tratamiento procesal de la prueba ilícita será posible comenzar a cumplir con la fórmula de DWORKIN: tomar los derechos en serio⁵⁰⁵. Y "tomarse los derechos en

⁵⁰² DEL MORAL GARCÍA, A., "Verdad y Justicia...", *op. cit.*, pp. 544 y 545.

⁵⁰³ Sobre la influencia o irrupción de la Justicia penal negociada originaria de los EEUU en los países europeos, *vid.* SCHÜNEMANN, B., "Crisis del procedimiento penal (¿Marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?)", Jornadas sobre la Reforma del Derecho Penal en Alemania, *Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1991, pp. 49 y ss.

⁵⁰⁴ *Vid.*, asimismo, PIZZI, W.T., *Juicios y mentiras...*, *op. cit.*, pp. 102 a 104, donde se refiere a la evitación sistemática del juicio en los EEUU, considerando una señal de debilidad de su sistema procesal que descansa sobre la negociación extraprocesal de las sentencias, llegando sólo ocasionalmente algún caso a juicio. Más adelante, el expresado autor, con el realismo descriptivo que le caracteriza, concluye que "el sistema procesal penal estadounidense se ve abocado a la vía salomónica de <-partir en dos al niño>, y así lo hará una y otra vez con tal de evitar ir a juicio, incluso aunque las condenas que efectivamente se produzcan no tengan más que una lejana relación con el delito o los delitos cometidos, y aunque la sentencia sea totalmente inadecuada para lo que realmente hizo" (p. 210). Tan pronunciada es en EEUU la inclinación hacia la negociación extraprocesal con preferencia sobre la averiguación de la verdad que incluso existen los denominados "acuerdos Alford" - que deben su nombre a la Sentencia *United States v. Alford*, 400 U.S. 25 (1970)-, sin parangón en otros sistemas procesales, que posibilitan la admisión negociada de la culpabilidad por parte de los acusados, mas con el mantenimiento por parte éstos de su proclamación de inocencia (*ibídem*). Conviene precisar, en cualquier caso, siguiendo a GASCÓN INCHAUSTI, F., "Justicia penal negociada...", *op. cit.*, que, salvo excepciones, y a diferencia de lo que sucede en el ordenamiento español, un *guilty plea* es una declaración de culpabilidad, pero no una aceptación de la pena pedida: se trata de una mera declaración de culpabilidad que no abarca la pena debido a que en la fase procesal en la que se produce nadie habrá solicitado todavía una pena concreta para el inculpado. Sobre las elevadísimas cifras de conformidades ante los Tribunales norteamericanos, *vid.* JIMENO BULNES, M., "El proceso penal...", *op. cit.*, pp. 302 a 304 (especialmente, nota a pie 238).

⁵⁰⁵ *Vid.*, DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, Ariel Derecho, Barcelona, 2012, p. 303.

serio”, en el concreto contexto de lo que ha sido el objeto de esta investigación, comporta necesariamente negar eficacia probatoria a la confesión precedida de prueba ilícita, así como la inmediata aplicación de la regla de exclusión en el proceso penal: tan pronto como se detecte que ha existido una obtención inconstitucional de fuentes de prueba.

VI

CONCLUSIONES

PRIMERA

Partiendo de los principios y garantías que enraízan el proceso penal, elementales exigencias derivadas del derecho fundamental a la presunción de inocencia determinan que la prueba de cargo llamada a destruirla sea practicada en un juicio oral con todas las garantías, de modo que como regla las diligencias sumariales han de carecer de eficacia probatoria. No obstante, singularmente en lo relativo a la declaración del imputado en fase sumarial, la práctica ha rebasado con creces los contornos establecidos por la doctrina constitucional.

SEGUNDA

A nuestro juicio, sería deseable que la regla de exclusión contemplada en el artículo 11.1 LOPJ comprendiera también la violación de derechos no fundamentales. Se trata, no obstante, de una opción que no resulta viable, pues comportaría llevar a cabo una interpretación extensiva del expresado precepto (cuyo tenor literal es claro) y que tampoco sería coherente con una de las tesis que sostienen el presente trabajo (en síntesis, que no proceden ni se sostienen las “excepciones” jurisprudenciales a lo dispuesto en el artículo 11.1 LOPJ).

TERCERA

La regla de exclusión contemplada en el artículo 11.1 LOPJ establece un límite en la investigación penal y constituye la proyección y concreción en el plano de la legalidad del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías consagrado en el artículo 24.2 de nuestra Constitución: nadie puede ser imputado, sometido a medidas cautelares, procesado, juzgado ni, menos aún condenado si no lo es en virtud de pruebas válidamente

obtenidas. De forma previa o refleja la ilicitud probatoria conculca o puede conculcar también el concreto derecho fundamental “material” afectado, así como el derecho a la presunción de inocencia. Pero es el derecho a un proceso con todas las garantías el que mejor explica y sostiene la prohibición de utilizar pruebas obtenidas de forma contraria a lo dispuesto en el artículo 11.1 LOPJ.

CUARTA

A la hora de abordar el estudio y el tratamiento jurídico de la prueba ilícita resulta procedente, al menos en la actualidad, no dejar de lado la importancia del factor psicológico; en otros términos, no debe ignorarse que las pruebas ilícitas pueden generar un impacto psicológico sobre el juzgador, que puede influir de forma indebida en el resultado del proceso. Las normas vigentes deben interpretarse teniendo en cuenta este riesgo y asumiendo que resulta necesario evitar que llegue a consumarse en la práctica.

QUINTA

La vigencia de los valores y derechos consagrados en la Constitución obliga a efectuar las declaraciones de nulidad derivadas de la obtención inconstitucional de fuentes de prueba, incluidos los casos de eficacia refleja o indirecta. Este postulado debe prevalecer sobre cualesquiera otras consideraciones de política criminal, incluida la necesidad de eficacia en la persecución penal y la supuesta alarma social que genera la anulación de actos de investigación. No es de recibo, por tanto, la tendencia –apreciable en la práctica- de que los Tribunales llamados a remediar o, en su caso, revisar la actuación de los sujetos institucionales causantes de las expresadas violaciones (Audiencias, Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional) sean claramente proclives a convalidar las vulneraciones de derechos fundamentales apartándose del derecho positivo *lato sensu* y amparándose en la creación de excepciones jurisprudenciales carentes de apoyo normativo extrapoladas de modo apresurado e irreflexivo, en la mayoría de los casos, de un sistema normativo y judicial, el norteamericano, que escasa o ninguna semejanza guarda con el nuestro. A nuestro juicio, con la creación de la doctrina de la conexión de antijuricidad el propio TC está

tolerando la vulneración de derechos fundamentales con claro apartamiento de lo establecido en el artículo 11.1 LOPJ, sin que, ante la gran discrecionalidad que tal doctrina otorga a Jueces y Tribunales, constituya un remedio suficiente que éstos tengan presente el principio de proporcionalidad.

SEXTA

La tensión entre el respeto a los derechos fundamentales y la voluntad de perseguir eficazmente los delitos, que subyace a la discutible doctrina de la conexión de antijuridicidad, se pone de manifiesto, de modo paradigmático, cuando se aborda el problema de la confesión precedida de la violación de derechos del investigado, erigida en una de las excepciones a la teoría de los frutos del árbol envenenado. En efecto, se constata que ha devenido la fórmula más “cómoda” de desvincular y orillar la previa actuación ilegítima de los sujetos institucionales (funcionarios policiales y/o Juez de Instrucción), haciendo recaer el protagonismo sobre el imputado que, rendido ante la evidencia física del hallazgo y/o convencido de que la defensa de su inocencia deviene ya inviable a la vista de los resultados de la (ilícita) investigación, no puede por menos que reconocer los hechos que se le imputan.

SÉPTIMA

A pesar de que la jurisprudencia española no parece haber reparado en ello, cabe entender que la excepción de confesión voluntaria del inculpado es una especie de la más genérica excepción del nexo causal atenuado. En concreto, la jurisprudencia del TC y del TS ha admitido la ruptura del nexo jurídico y, por tanto, la validez de la declaración autoinculpatoria por considerarse prueba independiente, si bien, mientras que al TC le resulta suficiente con el carácter voluntario de la confesión (en términos formales), el TS exige que la misma sea informada.

OCTAVA

Con carácter general, consideramos que en el ordenamiento jurídico español no cabe la excepción del nexo causal atenuado (ni, por tanto, su

especie: la confesión del inculpado), por cuanto, más o menos atenuado, lo relevante es que el nexo causal sigue existiendo y hallándose vigente, lo que inexorablemente debe abocar a la aplicación de la regla de exclusión prevista en el artículo 11.1 LOPJ.

NOVENA

Únicamente deben gozar de validez probatoria las declaraciones auto y heteroincriminatorias prestadas a presencia judicial y, más concretamente, en el juicio oral, exceptuando los casos de lectura en el Plenario de la producida en fase sumarial, cuando proceda. Carecen, pues, de validez las declaraciones policiales no ratificadas judicialmente sin perjuicio de que las declaraciones policiales válidas sean empleadas en el interrogatorio del juicio oral con la finalidad de aclarar las diferencias entre unas y otras manifestaciones.

DÉCIMA

La confesión debe ser valorada a la luz del criterio de libre apreciación de la prueba del artículo 741 LECrim, junto con todo el cuadro probatorio del que se disponga, habiéndose encargado la jurisprudencia del TS de distinguir, a este respecto, entre la prueba de la existencia del delito (cuerpo del delito) y la prueba de la autoría, concluyendo que únicamente la primera no puede ser probada exclusivamente por la confesión.

DÉCIMA PRIMERA

La suficiencia de la confesión para destruir la presunción de inocencia, cuando aquélla haya sido precedida de una vulneración de derechos fundamentales, con la consecuente exclusión probatoria, dependerá de si en el acervo probatorio "sano" (valorable por el Juez o Tribunal) subsiste algún vestigio del que razonablemente pueda inferirse la existencia misma del delito. En caso afirmativo, el acusado podrá atribuirse su autoría y, en suma, sustanciarse un pronunciamiento condenatorio. Mas, de haber irradiado el efecto reflejo de la prueba inconstitucional, a través del mecanismo de exclusión probatoria ex artículo 11.1 LOPJ, una higienización procesal de tal calibre que determine la ausencia de material probatorio sobre el cuerpo del

delito, la confesión del acusado no será suficiente para enervar su interina presunción de inculpabilidad.

DÉCIMA SEGUNDA

Cuando se trata de declaraciones heteroincriminatorias, la respuesta debe discurrir en la misma línea que la ofrecida en los casos de declaraciones autoincriminatorias, con el añadido de que la declaración del coimputado debe ser considerada como intrínseca u ontológicamente sospechosa. Por eso, si la existencia misma del delito (el cuerpo) no puede ser probada exclusivamente por la confesión, con mayor razón aún no podrá ser probada exclusivamente por la declaración de un coimputado. No cabe decir lo mismo, como ya se ha visto, de la prueba de la autoría cuando está acreditada la existencia de un delito y se desconocen todos o algunos de los autores.

DÉCIMA TERCERA

Debe rechazarse la posición adoptada por nuestra jurisprudencia respecto de las denominadas “manifestaciones espontáneas” de los sospechosos a la Policía, en cuanto que confiere valor probatorio a las manifestaciones voluntarias y espontáneas de aquéllos tras su detención, aunque se realicen sin asistencia letrada, si se introducen en el juicio oral por medio de la declaración testifical del agente policial que las oyó.

DÉCIMA CUARTA

Desde una perspectiva meramente causal, la declaración del imputado que reconoce los hechos averiguados de forma inconstitucional deviene una prueba derivada de aquella directamente obtenida mediante la vulneración de un derecho fundamental. En efecto, no resulta habitual que alguien confiese voluntariamente la comisión de unos hechos delictivos si no tiene constancia de que ha sido descubierto. Y, cuando lo hace tras tener constancia de la obtención de material incriminatorio en su contra, parece difícil afirmar que el impacto psicológico no ha determinado su reconocimiento de hechos, al caer rendido ante la evidencia física del hallazgo.

DÉCIMA QUINTA

El Tribunal Constitucional, no obstante, considera que la *voluntariedad* de la confesión trunca el nexo jurídico con la infracción inicial: el respeto de los derechos constitucionales a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, así como el de asistencia letrada, le conducen a concluir la voluntariedad de la declaración autoinculpatoria y a considerar que la admisión de la misma en el proceso no constituye una prueba refleja en sentido jurídico.

Cierta jurisprudencia del TS ha admitido la ruptura del nexo jurídico y, por tanto, la validez de la declaración autoinculpatoria por considerarse prueba independiente en dos supuestos muy similares:

1º) Cuando la confesión autoinculpatoria se ha producido *con posterioridad* a que el Juez haya declarado la nulidad de la diligencia inconstitucional, sea cual fuere la fase procesal en que suceda.

2º) Cuando resulte acreditado que la confesión autoinculpatoria se produce por un *imputado consciente de la eventual anulación de la diligencia en cuestión y sus resultados*, por ser inconstitucional.

Sin embargo, de forma más generalizada, se ha consolidado en la Sala Segunda del Tribunal Supremo una jurisprudencia que introduce como *plus* garantista a la doctrina constitucional las siguientes exigencias:

1ª) Que cuando se preste la declaración en que se admiten los hechos no se halle vigente el secreto de las actuaciones, en cuanto que ello limitaría notablemente el derecho de defensa.

2ª) Que no se trate de declaraciones sumariales *temporalmente cercanas* al hecho punible descubierto mediante la diligencia o actuación procesal que luego se declara constitucionalmente ilícita. Luego, se exige *cierto distanciamiento en el tiempo* entre la fecha de la acción delictiva (y, en su caso, la detención) y la admisión por el imputado de la ejecución del hecho delictivo, como forma de garantizar la real espontaneidad y voluntariedad de la declaración.

DÉCIMA SEXTA

La experiencia diaria en los Juzgados de Guardia enseña que las probabilidades de que un detenido puesto a disposición judicial sea ingresado

en prisión preventiva se incrementan sensiblemente si hace uso de su legítimo derecho a guardar silencio. Con ello, aunque sea de forma indirecta, el detenido se encuentra condicionado a declarar, aunque el material probatorio ganado en su contra pudiera considerarse ilícito y, con ello, a su pesar, a “sanar” la eventual ilicitud probatoria. Una correcta asistencia letrada se enfrenta en semejante situación al dilema de aconsejar el silencio o de tratar de que su defendido recobre la libertad cuanto antes.

DÉCIMA SÉPTIMA

No puede dejarse en manos del acusado la validez del material probatorio de contenido incriminatorio obtenido conculcando derechos fundamentales. A la jurisprudencia que viene a atribuir al inculcado una suerte de facultad “saneadora” (mediante la confesión precedida de prueba obtenida ilícitamente) le subyace una “norteamericanización” de la concepción de la regla de exclusión por parte de nuestros Jueces y Tribunales, cuyo origen se encuentra en una errónea equiparación entre Ordenamientos.

DÉCIMA OCTAVA

Si la garantía de inadmisión de las pruebas ilícitamente obtenidas se integra entre las garantías del derecho fundamental reconocido en el artículo 24.2 CE, únicamente el legislador está autorizado –y de modo limitado– para realizar una ponderación como la que ha llevado a cabo el TC con su teoría de la conexión de antijuricidad y, por tanto, para formular excepciones a la regla de exclusión consagrada en el artículo 11.1 LOPJ. No cabe, en definitiva, que los tribunales sorteen las previsiones del legislador elaborando tesis jurisprudenciales que no se adecuan a las estrictas previsiones del artículo 11.1 LOPJ. En nuestro sistema, una vez normativizada la regla de exclusión, a los Jueces y Tribunales únicamente les corresponderá pronunciarse sobre la existencia o no de vulneración del contenido esencial del derecho fundamental, así como de la relación *causal* entre la prueba ilícitamente obtenida y las pruebas (lícitas) derivadas. Constatados ambos extremos, la solución pasará por aplicar la regla de exclusión en los términos

en que haya sido normativizada, sin admitir excepciones que no tienen un adecuado reflejo legal.

DÉCIMA NOVENA

En caso de que, en aplicación de la corriente jurisprudencial mayoritaria, el acusado resulte condenado con base en su confesión, a pesar de la existencia de una vulneración de derechos fundamentales, resulta razonable que aquélla sea recompensada o, más limitadamente, y visto desde otra perspectiva, que el acusado sea compensado por la intromisión ilegítima de la que ha sido víctima, aunque haya ejercitado plenamente el derecho de defensa, decidiendo no confesar. Y ello es técnicamente viable y procedente mediante la aplicación de la circunstancia atenuante prevista en el artículo 21.7ª del Código Penal, por analogía con la circunstancia 6ª en el primer caso y con la 4ª en el segundo caso. Esta opción sería igualmente pertinente si llegara a positivizarse una norma como la que actualmente se contiene en el artículo 13.3 del BBACPP.

VIGÉSIMA

No obstante, consideramos que la tesis minoritaria del TS, que consagra la invalidez de la confesión precedida de prueba ilícita, es la más efectiva a los fines de proteger los derechos fundamentales y evitar en la medida de lo posible que, en lo sucesivo, se repitan conductas atentatorias contra los mismos, pues incluso imponiéndose penas más bajas a los acusados, el agente infractor tendrá la ocasión de efectuar un juicio previo de ponderación y, a partir de ahí, tomar libremente la decisión de obtener pruebas de modo inconstitucional. Una hipotética generalización de esta tesis debería, además, venir acompañada del establecimiento de un sistema de sanciones efectivas para los *funcionarios públicos* que participen en una investigación e inobserven las exigencias de los derechos fundamentales.

VIGÉSIMA PRIMERA

Más allá de la categórica dicción literal del artículo 11.1 LOPJ, no existe en la actualidad regulación legal del tratamiento de la prueba ilícita en el proceso penal, excepto en el procedimiento seguido por los trámites de la

LOTJ. En la práctica de los Juzgados y Tribunales españoles impera el criterio –inmotivado- consistente en postergar a la fase de juicio oral el debate acerca de la aplicación de la regla de exclusión probatoria, decidiéndose al respecto en sentencia.

En nuestra opinión, sin embargo, la ilicitud probatoria debe denunciarse inmediatamente, tan pronto como sea conocida, debiéndose, asimismo, resolver cuanto antes la exclusión física de los actos obtenidos directa o indirectamente con violación de derechos fundamentales.

En consecuencia, al Juez que conoce de la causa en la que él mismo declara nulas unas diligencias probatorias no debe dársele siquiera la posibilidad de caer en la tentación de emitir un fallo condenatorio basado, consciente o inconscientemente, en material cuya valoración le está vedada. Y, de modo previo, durante la instrucción, tampoco debería dársele al director de la investigación la oportunidad de imputar, procesar o adoptar medidas cautelares contra el encausado, ante el riesgo de que la prueba ilícita influya indebidamente en su decisión.

VIGÉSIMA SEGUNDA

Si en un Procedimiento Abreviado el Juez o Tribunal declarara en la audiencia saneadora del artículo 786.2 LECrim. la nulidad de determinadas diligencias probatorias por haberse obtenido directa o indirectamente con violación de derechos fundamentales, consideramos *-de lege ferenda-* que deberían retrotraerse las actuaciones hasta el momento inmediatamente anterior a la formulación de conclusiones provisionales, previa expulsión física del material contaminado. Para el caso de que, de nuevo, se abriera juicio oral, éste debería celebrarse ante un Juez o Tribunal distinto al que declaró la nulidad.

VIGÉSIMA TERCERA

No consideramos deseable que se resuelva en sentencia acerca de la ilicitud de una prueba y, en su caso, hasta dónde debe extender sus efectos la eventual nulidad. La solución, también *de lege ferenda*, pasaría por decretar la nulidad, así como la expulsión física del material contaminado, ordenándose la retroacción de las actuaciones hasta el momento

inmediatamente anterior la formulación de conclusiones provisionales. Para el caso de que, de nuevo, se abriera juicio oral, éste debería celebrarse ante un Juez o Tribunal distinto al que declaró la nulidad.

VIGÉSIMA CUARTA

En todo caso, bajo ningún concepto debe iniciarse la práctica de la prueba en el juicio oral sin haberse decidido previamente acerca de qué pruebas son declaradas ilícitas y, por ende, expulsadas del proceso. Sólo en ese contexto puede el acusado ejercer en plenitud su derecho a decidir si declara (y, eventualmente, confiesa) o si, por el contrario, permanece en silencio, sin tener que efectuar apuestas o cálculos probabilísticos incompatibles con las más elementales exigencias de seguridad jurídica.

La postergación de la decisión sobre este particular al momento del dictado de la sentencia provoca confesiones y fomenta un auge de los acuerdos de conformidad por puro pragmatismo, ante la incertidumbre acerca de la respuesta que va a ofrecer el Tribunal sobre si el acervo probatorio de cargo fue obtenido con violación de derechos fundamentales y, en su caso, hasta dónde extiende sus efectos la nulidad que se pueda decretar.

VIGÉSIMA QUINTA

La postergación de la decisión sobre ilicitud probatoria también incide indebidamente sobre la conformidad del acusado, que habrá de decidir al respecto sin saber si la prueba en que se sostenía la acusación sería o no declarada ilícita. Debe tenerse en cuenta, en este sentido, que la LECrim. no atribuye al Juez o Tribunal ningún mecanismo de control de la existencia de prueba ilícita y, que, en cualquier caso, su detección no facultaría al condenado para recurrir la sentencia. Ambos extremos deberían ser revertidos, de modo que el Tribunal pudiera efectuar un juicio sobre ilicitud probatoria con carácter previo a la aceptación de la conformidad y de modo también que el condenado pudiera, por ilicitud probatoria, recurrir la sentencia dictada, a pesar de su previa conformidad.

VIGÉSIMA SEXTA

En definitiva, y en vista de las dificultades que derivan de la actual praxis judicial, consideramos que las resoluciones relativas a la ilicitud probatoria deben dictarse en fase de instrucción (como culmen de la misma) y, además, agotarse el recurso o los recursos que puedan proceder con anterioridad a la formulación de conclusiones provisionales; pudiendo y debiéndose acordar el sobreseimiento de la causa cuando, una vez purgados los rendimientos obtenidos merced a las diligencias teñidas de ilicitud y sus derivadas, se verifique la ausencia de indicios racionales de criminalidad.

VII

RESUMEN EN INGLÉS (*ABSTRACT*)

The thesis is divided in five Chapters, which culminate twenty-six conclusions, furthermore including a bibliography section and a jurisprudence report.

In Chapter I an approach to the issue under study is conducted, the article 11.1 of the Organic Law of the Judiciary Power (OLJP) and the constitutional basis of the rule of evidentiary exclusion is elaborated upon. Foundation that will have important consequences when sustaining- as is sustained in the present thesis- the inadmissibility of extrapolating the limiting doctrines of the United States' exclusionary rule and are being mechanically and uncritically imported on behalf of the Spanish Courts, even contravening the specific dispositions of the current legislation in our country.

It is set forth that the exclusionary rule establishes a limit to the criminal investigation and constitutes the projection and the fulfillment in the framework of the legality of the fundamental right to a trial with all the guaranties established in the article 24.2 of the Spanish Constitution (SC): nobody can be imputed, made to undergo precautionary measures, be prosecuted, put on trial, even less be found guilty if it is not in virtue of validly obtained evidence.

In Chapter II the origin of the American exclusionary rule is analyzed, as also its evolution and debate in Spain, followed by the approach of the so called problem of the "connection", and, with it, the doctrine of the "illegality connection" (*conexión de antijuridicidad*) set forth by the Constitutional Court (CC), which is analyzed from the critical point of view, in the same manner as the supposed exceptions to the of the reflected evidence, amongst these, the exception of the inefficiency of the mitigated causal nexus, whose paradigmatic purpose is precisely, the informed and voluntary confession of the accused.

In the thesis it is sustained that the validity of the values and rights established in the SC make it mandatory to declare nil and void the statements derived from the unconstitutional obtaining of means of evidence, including the cases of indirect efficiency. This premise must prevail upon whatever consideration of criminal policy, including the need of efficiency in criminal prosecution and the supposed social concern generated by the cancelling of investigations. It is therefore not acceptable that the tendency – which can be seen in practice- where the Courts which are supposed to remedy or, if applicable, revise the performance of institutional subjects causing the mentioned violations, are clearly likely to validate the infringement of the fundamental rights, leaving aside the positive right in the broad sense and take refuge behind the creation of jurisprudential exceptions which lack of the regulatory support thoughtlessly and hastily extrapolating, in the majority of the cases, from a judicial and regulatory system, the American, which has scarce or no resemblance to ours.

It is our opinion that through the creation of the doctrine of the "illegality connection" (*conexión de antijuridicidad*) the very CC is tolerating the infringement of fundamental rights clearly setting aside what is set forth in the article 11.1 OLJP, without providing, against this serious discretion such a doctrine provides to Judges and Courts, sufficient remedy that these keep in mind the principle of proportionality.

The tension between respecting the fundamental rights and the will to pursue offences effectively, underlying in the debatable doctrine of the "illegality connection" (*conexión de antijuridicidad*), is revealed, in a paradigmatic manner, when dealt with confession preceded by a violation of the rights of the person under investigation, constituting one of the exceptions to the theory of the fruit of the poisoned tree. It indeed appears that the most "comfortable" formula to unlink and evade the prior illegitimate actions of the institutional subjects (Police agents and/or investigating Judge), is giving the main role to the accused who, facing the physical evidence of the discovery and/or convinced that defence of his innocence is no longer feasible

considering the (illicit) investigation, he has no other means then to recognize the facts of which he is accused.

In Chapter III the procedure of confession of the accused is analyzed, along with his rights during the carrying out of the procedure, expressing its limitations, making a reflexion on the true importance of confession (self and hetero-incrimination), to which we grant a limited evidential value.

The Chapter IV gives a view on investigation of the scope of inefficiency of illicit evidence and, more specifically, its most problematic aspect: reflex evidence. But solely in its most polemic aspect: the value of a confession proceeded of evidence obtained in an institutional manner.

It stands out that from a merely causal perspective the statement of the accused who acknowledges the facts which have been obtained in an institutional manner becomes evidence resulting of what has been directly obtained through the infringement of a fundamental right. Indeed, it is unusual that somebody confesses willingly having committed criminal acts if he is not aware that he has been discovered. And, when he does so after being notified of the incriminating material obtained against him, it seems hard to state that psychological impact has not determined the acknowledgment of the facts, when he faces the physical evidence of the discovery.

In any event, in our opinion, evaluation of the probative material of incriminating contents obtained infringing fundamental rights can not be left to the accused party. The jurisprudence which ascribes the accused a kind of “compensating” faculty (by means of a confession preceded by illicit obtaining of evidence) it displays an underlying “Americanization” of the exclusion rule on behalf of our Judges and Courts, which originates in the erroneous comparison between the legal systems.

In general terms, we consider that the Spanish legal system does not allow exception of the mitigated causal nexus (nor, for that matter, its kind: the confession of the accused), therefore, more or less mitigating, the relevant

matter is that the causal nexus still exists and being in force, it must inexorably lead to the application of the exclusionary rule set forth in the article 11.1 OLJP.

We notice that the fact that a confession is sufficient to destroy the presumption of innocence, when this has been preceded by an infringement of fundamental rights, with the consequent evidentiary exclusion shall depend upon the fact whether there subsist some remnant which can reasonably infer the existence of the offence in the “clean” body of probative evidence (to be valued by the Judge or Court). If so, the accused shall be able to attribute its authorship and in short, substantiate to be found guilty. However, in case the reflex effect of unconstitutional evidence has irradiated, through the mechanism of evidentiary exclusion based upon article 11.1 OLJP, a procedural cleansing of such magnitude which determines lack of evidentiary material regarding the corpus delicti, the confession of the accused shall not be sufficient to enervate his temporary presumption of inculpability. When handling hetero-incriminating statements, the procedure must ponder in the same line then the one set forth in the cases of self-incriminating statements, with the addition that the statement of the co-defendant must be considered as intrinsic or ontologically suspicious.

We align ourselves with the minority thesis of the Supreme Court, which enshrines the invalidity of a confession preceded by illicit evidence, which is, furthermore, the most effective in order to protect the fundamental rights and avoid as far as possible that, hereinafter, random conducts are repeated against these, thus even imposing lower punishments upon the accused, the infracting agent shall be provided with the opportunity to carry out a prior assessment evaluation and, from thereon, freely make the decision to obtain evidence in an unconstitutional manner. A hypothetical generalization of the present thesis should, furthermore, go along with the establishing of an effective sanction system for the *public officials* who take part in an investigation and fail to observe the requirements of the fundamental rights.

The Chapter concludes with a series of restorative proposals, in case the current majority jurisprudence in the matter is maintained: the appreciation of an analogue circumstance of infringement of the fundamental rights and/or analogical of confession (when considering this an efficient collaboration with the Justice Administration taking into account forthcoming effects of the application of the exclusionary rule), in accordance with the cases.

In intimate connection with the above, Chapter V provides a critical analysis regarding procedural treatment of the illicit evidentiary process. After evaluating the trajectory of applicable rules for each type of criminal proceedings, analyzing the jurisprudence and setting forth recent polemic doctrines regarding the matter, we conclude that only through an adequate procedural treatment of the illicit evidence it shall be possible for rights to be taken seriously, highlighting that the present procedural treatment, on one hand, incites confessions preceded by obtaining unconstitutional sources of evidence, and, on the other, provokes a detrimental psychological influence of the Judges and Courts upon the accused who, in the end, favors the infringing party.

In the practice of Spanish Judges and Courts the prevailing criteria - motiveless- consists in postponing to the oral hearing debate regarding the application of the rule of evidentiary exclusion, expressing their decision regarding the matter in the ruling.

However, in our opinion, the illicit evidentiary means must be reported immediately, as soon as it is known, and has to be, thus, resolved as soon as possible before physical exclusion of the acts directly or indirectly obtained through infringement of fundamental rights.

As a consequence, the Judge who looks into the case in which he himself declares nil and void evidentiary procedures must not even be provided with the possibility to be tempted to issue a condemnatory ruling based, consciously or unconsciously, upon material which evaluation is prohibited to him. And, previously, during the investigation, the person

directing the investigation shouldn't be provided with the opportunity to accuse, process or issue precautionary measures against an accused, taking into account the risk that his decision could be unduly influenced by the illicit evidence.

It stands out, amongst other things, that the postponement of the decision regarding the origin and the scope of the evidentiary exclusion at the time of issuing the ruling provokes confessions and incites the increase of purely pragmatic agreements (guilty plea), due to uncertainty regarding which the answer offered by the Court is going to be about the body of probative evidence obtained in infringement with the fundamental rights and, if it's the case, what the extension of nullity might in case it might be decreed.

VIII

RESEÑA DE JURISPRUDENCIA

- **Tribunal Constitucional**

- i. Tribunal Constitucional (Sala Primera) Sentencia núm. 31/1981 de 28 julio.
- ii. Tribunal Constitucional (Sala Segunda) Sentencia núm. 114/1984 de 29 noviembre.
- iii. Tribunal Constitucional (Sala Segunda) Sentencia núm. 103/1985 de 4 octubre.
- iv. Tribunal Constitucional (Sala Primera) Sentencia núm. 105/1985 de 7 octubre.
- v. Tribunal Constitucional (Sala Segunda) Sentencia núm. 107/1985 de 7 octubre.
- vi. Tribunal Constitucional (Sala Primera) Sentencia núm. 47/1986 de 21 abril.
- vii. Tribunal Constitucional (Sala Primera) Sentencia núm. 109/1986 de 24 septiembre.
- viii. Tribunal Constitucional (Pleno) Sentencia núm. 196/1987 de 11 diciembre.
- ix. Tribunal Constitucional (Sala Primera) Sentencia núm. 89/1988 de 9 mayo.

- x. Tribunal Constitucional (Pleno) Sentencia núm. 145/1988 de 12 julio.
- xi. Tribunal Constitucional (Sala Primera) Sentencia núm. 44/1989 de 20 febrero.
- xii. Tribunal Constitucional (Sala Segunda) Auto núm. 127/1989 de 13 marzo.
- xiii. Tribunal Constitucional (Sala Primera) Sentencia núm. 109/1989 de 8 junio.
- xiv. Tribunal Constitucional Sentencia de 4 octubre 1989.
- xv. Tribunal Constitucional (Sala Primera) Sentencia núm. 217/1989 de 21 diciembre.
- xvi. Tribunal Constitucional (Sala Primera) Sentencia núm. 94/1990 de 23 mayo.
- xvii. Tribunal Constitucional (Pleno) Sentencia núm. 111/1993 de 25 marzo.
- xviii. Tribunal Constitucional (Sala Primera) Sentencia núm. 152/1993 de 3 mayo.
- xix. Tribunal Constitucional (Sala Primera) Sentencia núm. 85/1994 de 14 marzo.
- xx. Tribunal Constitucional (Sala Primera) Sentencia núm. 181/1994 de 20 junio.
- xxi. Tribunal Constitucional (Sala Primera) Sentencia núm. 29/1995 de 6 febrero.

- xxii. Tribunal Constitucional (Sala Primera) Sentencia núm. 86/1995 de 6 junio.
- xxiii. Tribunal Constitucional (Sala Segunda) Sentencia núm. 166/1995 de 20 noviembre.
- xxiv. Tribunal Constitucional (Pleno) Sentencia núm. 197/1995 de 21 diciembre.
- xxv. Tribunal Constitucional (Sala Primera) Sentencia núm. 49/1996 de 26 marzo.
- xxvi. Tribunal Constitucional (Sala Primera) Sentencia núm. 54/1996 de 26 marzo.
- xxvii. Tribunal Constitucional (Sala Primera) Sentencia núm. 40/1997 de 27 febrero.
- xxviii. Tribunal Constitucional (Pleno) Sentencia núm. 161/1997 de 2 octubre.
- xxix. Tribunal Constitucional (Pleno) Sentencia núm. 81/1998 de 2 abril.
- xxx. Tribunal Constitucional (Sala Segunda) Sentencia núm. 151/1998 de 13 julio.
- xxxi. Tribunal Constitucional (Sala Segunda) Sentencia núm. 176/1998 de 14 septiembre.
- xxxii. Tribunal Constitucional (Sala Segunda) Sentencia núm. 154/1999.
- xxxiii. Tribunal Constitucional (Pleno) Sentencia núm. 49/1999 de 5 abril.
- xxxiv. Tribunal Constitucional (Sala Primera) Sentencia núm. 166/1999 de 27 septiembre.

- xxxv. Tribunal Constitucional (Sala Segunda) Sentencia núm. 161/1999 de 27 septiembre.
- xxxvi. Tribunal Constitucional (Sala Primera) Sentencia núm. 239/1999 de 20 diciembre.
- xxxvii. Tribunal Constitucional (Sala Primera) Sentencia núm. 8/2000 de 17 enero.
- xxxviii. Tribunal Constitucional (Sala Primera) Sentencia núm. 16/2000 de 31 enero.
- xxxix. Tribunal Constitucional (Sala Primera) Sentencia núm. 136/2000 de 29 mayo.
- xl. Tribunal Constitucional (Sala Primera) Sentencia núm. 246/2000 de 16 octubre.
- xli. Tribunal Constitucional (Sala Segunda) Sentencia núm. 299/2000 de 11 diciembre.
- xlii. Tribunal Constitucional (Sala Primera) Sentencia núm. 19/2001 de 29 enero.
- xliii. Tribunal Constitucional (Sala Segunda) Sentencia núm. 61/2001 de 26 febrero.
- xliv. Tribunal Constitucional (Pleno) Sentencia núm. 67/2001 de 17 marzo.
- xl. Tribunal Constitucional (Sala Segunda) Sentencia núm. 72/2001 de 26 marzo.

- xlvi. Tribunal Constitucional (Sala Segunda) Sentencia núm. 138/2001 de 18 junio.
- xlvii. Tribunal Constitucional (Sala Segunda) Sentencia núm. 141/2001 de 18 junio.
- xlviii. Tribunal Constitucional (Sala Primera) Sentencia núm. 149/2001 de 27 junio.
- xlix. Tribunal Constitucional (Sala Segunda) Sentencia núm. 167/2001 de 16 julio.
- I. Tribunal Constitucional (Sala Segunda) Sentencia núm. 202/2001 de 15 octubre.
- II. Tribunal Constitucional (Sala Segunda) Sentencia núm. 2/2002 de 14 enero.
- III. Tribunal Constitucional (Sala Primera) Sentencia núm. 57/2002 de 11 marzo.
- IIII. Tribunal Constitucional (Sala Primera) Sentencia núm. 70/2002 de 3 abril.
- liv. Tribunal Constitucional Sentencia núm. 202/2002 de 24 julio.
- IV. Tribunal Constitucional (Sala Segunda) Sentencia núm. 205/2002 de 11 noviembre.
- lvi. Tribunal Constitucional (Sala Segunda) Sentencia núm. 22/2003 de 10 febrero.
- lvii. Tribunal Constitucional (Sala Primera) Sentencia núm. 65/2003 de 7 abril.

- lviii. Tribunal Constitucional (Pleno) Sentencia núm. 184/2003 de 23 octubre.
- lix. Tribunal Constitucional (Sala Segunda) Sentencia núm. 190/2003 de 27 octubre.
- lx. Tribunal Constitucional (Sala Primera) Sentencia núm. 88/2004 de 10 mayo.
- lxi. Tribunal Constitucional (Sala Segunda) Sentencia núm. 152/2004 de 20 septiembre.
- lxii. Tribunal Constitucional (Sala Primera) Sentencia núm. 18/2005 de 1 febrero.
- lxiii. Tribunal Constitucional (Sala Primera) Sentencia núm. 55/2005 de 14 marzo.
- lxiv. Tribunal Constitucional (Sala Segunda) Sentencia núm. 63/2005 de 14 marzo.
- lxv. Tribunal Constitucional (Pleno) Sentencia núm. 123/2005 de 12 mayo.
- lxvi. Tribunal Constitucional (Sala Segunda) Sentencia núm. 136/2006 de 8 mayo.
- lxvii. Tribunal Constitucional (Sala Segunda) Sentencia núm. 198/2006 de 3 julio.
- lxviii. Tribunal Constitucional (Sala Primera) Sentencia 307/2006 de 15 noviembre.
- lxix. Tribunal Constitucional (Sala Primera) Sentencia núm. 347/2006 de 11 diciembre.

- lxx. Tribunal Constitucional (Sala Primera) Sentencia núm. 10/2007 de 15 enero.
- lxxi. Tribunal Constitucional (Sala Segunda) Sentencia núm. 15/2007 de 12 febrero.
- lxxii. Tribunal Constitucional (Sala Primera) Sentencia núm. 75/2007 de 16 abril.
- lxxiii. Tribunal Constitucional (Sala Primera) Sentencia núm. 76/2007 de 16 abril.
- lxxiv. Tribunal Constitucional (Sala Primera) Sentencia núm. 208/2007 de 24 septiembre.
- lxxv. Tribunal Constitucional (Sala Primera) Sentencia núm. 244/2007 de 10 diciembre.
- lxxvi. Tribunal Constitucional (Pleno) Sentencia núm. 258/2007 de 18 diciembre.
- lxxvii. Tribunal Constitucional (Sala Segunda) Sentencia núm. 29/2008 de 20 febrero.
- lxxviii. Tribunal Constitucional (Sala Segunda) Sentencia núm. 58/2008 de 28 abril.
- lxxix. Tribunal Constitucional (Sala Primera) Sentencia núm. 91/2008 de 21 julio.
- lxxx. Tribunal Constitucional (Sala Segunda) Sentencia núm. 107/2008 de 22 septiembre.

- lxxxi. Tribunal Constitucional (Sala Segunda) Sentencia núm. 66/2009 de 9 marzo.
- lxxxii. Tribunal Constitucional (Sala Primera) Sentencia núm. 56/2009 de 9 marzo.
- lxxxiii. Tribunal Constitucional (Sala Primera) Sentencia núm. 57/2009 de 9 marzo.
- lxxxiv. Tribunal Constitucional (Sala Segunda) Sentencia núm. 99/2009 de 20 abril.
- lxxxv. Tribunal Constitucional (Sala Segunda) Sentencia núm. 118/2009 de 18 mayo.
- lxxxvi. Tribunal Constitucional (Sala Primera) Sentencia núm. 142/2009 de 15 junio.
- lxxxvii. Tribunal Constitucional (Sala Segunda) Sentencia núm. 160/2009 de 29 junio.
- lxxxviii. Tribunal Constitucional (Sala Primera) Sentencia núm. 63/2010 de 18 octubre.
- lxxxix. Tribunal Constitucional (Sala Segunda) Sentencia núm. 68/2010 de 18 octubre.
- xc. Tribunal Constitucional (Sala Segunda) Sentencia núm. 128/2011 de 18 julio.
- xc. Tribunal Constitucional (Sala Primera) Sentencia núm. 179/2011 de 21 noviembre.

- xcii. Tribunal Constitucional (Sala Primera) Sentencia núm. 180/2011 de 21 noviembre.
- xciii. Tribunal Constitucional Sentencia núm. 129/2011 de 29 noviembre.
- xciv. Tribunal Constitucional (Sala Segunda) Sentencia núm. 126/2012 de 18 junio.
- xcv. Tribunal Constitucional (Sala Primera) Sentencia núm. 142/2012 de 2 julio.
- xcvi. Tribunal Constitucional (Sala Segunda) Sentencia núm. 12/2013 de 28 enero.
- xcvii. Tribunal Constitucional (Pleno) Sentencia núm. 53/2013 de 28 febrero.
- xcviii. Tribunal Constitucional (Pleno) Sentencia núm. 88/2013 de 11 abril.
- xcix. Tribunal Constitucional (Sala Segunda) Sentencia núm. 157/2013 de 23 septiembre.
- c. Tribunal Constitucional (Sala Segunda) Sentencia núm. 195/2013 de 2 diciembre.

- **Tribunal Supremo**

- **Sala de lo Penal**

- a) Sentencias y Autos**

- i. Tribunal Supremo (Sala de lo Criminal) Sentencia de 21 mayo 1979.
 - ii. Tribunal Supremo (Sala de lo Criminal) Sentencia de 28 enero 1980.

- iii. Tribunal Supremo (Sala de lo Criminal) Sentencia de 22 mayo 1982.
- iv. Tribunal Supremo (Sala de lo Criminal) Sentencia de 31 enero 1983.
- v. Tribunal Supremo (Sala de lo Criminal) Sentencia de 27 marzo 1983.
- vi. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) Sentencia de 1 marzo 1988.
- vii. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) Sentencia de 18 enero 1989.
- viii. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) Sentencia de 2 febrero 1989.
- ix. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) Sentencia de 19 julio 1989.
- x. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) Sentencia de 29 marzo 1990.
- xi. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) Sentencia de 25 junio 1990.
- xii. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) Sentencia de 26 noviembre 1991.
- xiii. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) Sentencia núm. 1081/1992 de 11 mayo.
- xiv. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) Sentencia núm. 1916/1992 de 18 septiembre.
- xv. Tribunal Supremo (Sala Segunda) Auto de 25 marzo 1993.
- xvi. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) Sentencia núm. 2031/1993 de 20 septiembre.
- xvii. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) Sentencia núm. 226/1994 de 11 febrero.

- xviii. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) Sentencia núm. 1284/1994 de 17 junio.
- xix. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) Sentencia núm. 159/1995 de 3 febrero.
- xx. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) Sentencia núm. 526/1995 de 7 abril.
- xxi. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) Sentencia núm. 965/1996 de 30 noviembre.
- xxii. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) Sentencia núm. 60/1997 de 25 enero.
- xxiii. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) Sentencia núm. 448/1997 de 4 marzo.
- xxiv. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) Sentencia núm. 900/1997 de 23 junio.
- xxv. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) Sentencia núm. 974/1997 de 4 julio.
- xxvi. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) Sentencia núm. 1131/1997 de 23 septiembre.
- xxvii. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) Sentencia núm. 1254/1997 de 20 octubre.
- xxviii. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) Sentencia núm. 1426/1997 de 17 noviembre.

- xxix. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) Sentencia núm. 2/1997 de 29 noviembre.
- xxx. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) Sentencia núm. 1329/1998 de 11 enero.
- xxxi. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) Sentencia de 7 enero 1999.
- xxxii. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) Sentencia núm. 369/1999 de 13 marzo.
- xxxiii. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) Sentencia núm. 470/1999 de 29 marzo.
- xxxiv. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) Sentencia núm. 918/1999 de 9 junio.
- xxxv. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) Sentencia núm. 1004/1999 de 18 junio.
- xxxvi. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) Sentencia núm. 1258/1999 de 17 septiembre.
- xxxvii. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) Sentencia núm. 161/1999 de 3 febrero.
- xxxviii. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) de 7 de febrero de 2000.
- xxxix. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) de 27 de marzo de 2000.
- xl. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) Sentencia núm. 1571/2000 de 17 octubre.

- xli. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) Sentencia núm. 1956/2000 de 15 diciembre.
- xl. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) Sentencia núm. 548/2001 de 3 de abril.
- xl. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) Sentencia núm. 1652/2001 de 17 septiembre.
- xliv. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) Sentencia núm. 1839/2001 de 17 octubre.
- xl. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) Sentencia núm. 885/2002 de 21 mayo.
- xlvi. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) Sentencia núm. 1057/2002 de 3 junio.
- xl. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) Sentencia núm. 1203/2002 de 18 julio.
- xl. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) Sentencia núm. 1990/2002 de 29 noviembre.
- xl. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) Sentencia núm. 2089/2002 de 10 diciembre.
- I. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) Sentencia núm. 58/2003 de 22 enero.
- li. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) Sentencia de 27 enero 2003.
- lii. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) Sentencia núm. 184/2003 de 7 febrero.

- liii. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) Sentencia núm. 279/2003 de 12 marzo.
- liv. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) Sentencia núm. 779/2003 de 30 mayo.
- lv. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) Sentencia núm. 1451/2003 de 26 noviembre.
- lvi. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) Sentencia núm. 284/2004 de 10 marzo.
- lvii. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) Sentencia núm. 445/2004 de 2 abril.
- lviii. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) Sentencia núm. 809/2004 de 23 junio.
- lix. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) Sentencia de 24 junio 2004.
- lx. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) Sentencia núm. 885/2004 de 5 julio.
- lxi. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) Sentencia núm. 1080/2004 de 6 octubre.
- lxii. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) Sentencia núm. 1348/2004 de 25 noviembre.
- lxiii. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) Sentencia núm. 25/2005 de 21 enero.
- lxiv. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) Sentencia de 1 de febrero de 2005.

- lxv. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) Sentencia núm. 163/2005 de 10 febrero.
- lxvi. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) Sentencia núm. 403/2005 de 23 marzo.
- lxvii. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) Sentencia núm. 418/2006 de 12 abril.
- lxviii. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) Sentencia núm. 483/2005 de 15 abril.
- lxix. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección1ª) Sentencia núm. 556/2006 de 31 mayo.
- lxx. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) Sentencia núm. 780/2006 de 3 julio.
- lxxi. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección1ª) Sentencia núm. 926/2006 de 6 octubre.
- lxxii. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección1ª) Sentencia núm. 1129/2006 de 15 noviembre.
- lxxiii. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección1ª) Sentencia núm. 1145/2006 de 23 noviembre.
- lxxiv. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección1ª) Auto núm. 2508/2006 de 28 diciembre.
- lxxv. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección1ª) Sentencia núm. 844/2007 de 31 octubre.
- lxxvi. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección1ª) Sentencia núm. 1105/2007 de 21 diciembre.

- lxxvii. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección1ª) Sentencia núm. 193/2008 de 30 abril.
- lxxviii. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección1ª) Sentencia núm. 304/2008 de 5 junio.
- lxxix. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección1ª) Sentencia núm. 370/2008 de 19 junio.
- lxxx. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección1ª) Sentencia núm. 667/2008 de 5 noviembre.
- lxxxi. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección1ª) Sentencia núm. 901/2009 de 22 enero.
- lxxxii. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección1ª) Sentencia núm. 1009/2009 de 14 octubre.
- lxxxiii. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) Sentencia núm. 1030/2009 de 15 de octubre.
- lxxxiv. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección1ª) Sentencia núm. 125/2010 de 16 febrero.
- lxxxv. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección1ª) Sentencia núm. 290/2010 de 31 marzo.
- lxxxvi. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección1ª) Sentencia núm. 344/2010 de 20 abril.
- lxxxvii. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección1ª) Sentencia núm. 556/2010 de 10 junio.

- lxxxviii. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección1ª) Sentencia núm. 605/2010 de 24 junio.
- lxxxix. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección1ª) Sentencia núm. 768/2010 de 15 septiembre.
- xc. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección1ª) Sentencia núm. 1005/2010 de 11 noviembre.
- xc. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección1ª) Sentencia núm. 53/2011 de 10 febrero.
- xcii. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección1ª) Sentencia núm. 104/2011 de 1 marzo.
- xciii. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección1ª) Sentencia núm. 179/2011 de 17 marzo.
- xciv. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección1ª) Sentencia núm. 223/2011 de 31 marzo.
- xcv. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección1ª) Sentencia núm. 316/2011 de 6 abril.
- xcvi. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección1ª) Sentencia núm. 320/2011 de 22 abril.
- xcvii. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección1ª) Sentencia núm. 372/2011 de 10 mayo.
- xcviii. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección1ª) Sentencia núm. 726/2011 de 6 julio.

- xcix. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección1ª) Sentencia núm. 818/2011 de 21 julio.
- c. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección1ª) Sentencia núm. 988/2011 de 30 septiembre.
- ci. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección1ª) Sentencia núm. 1432/2011 de 16 diciembre.
- cii. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección1ª) Sentencia núm. 258/2012 de 3 abril.
- ciii. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección1ª) Sentencia núm. 292/2012 de 11 abril.
- civ. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección1ª) Sentencia núm. 343/2012 de 30 abril.
- cv. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección1ª) Sentencia núm. 594/2012 de 5 julio.
- cvi. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección1ª) Sentencia núm. 654/2012 de 20 julio.
- cvi. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección1ª) Sentencia núm. 811/2012 de 30 octubre.
- cviii. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección1ª) Sentencia núm. 870/2012 de 30 octubre.
- cix. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección1ª) Sentencia núm. 1064/2012 de 12 noviembre.

- cx. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección1ª) Sentencia núm. 941/2012 de 29 noviembre.
- cx. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) Sentencia núm. 922/2012 de 20 diciembre
- cxii. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección1ª) Sentencia núm. 1045/2013 de 7 enero.
- cxiii. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección1ª) Sentencia núm. 48/2013 de 23 enero.
- cxiv. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección1ª) Sentencia núm. 62/2013 de 29 enero.
- cxv. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección1ª) Sentencia núm. 116/2013 de 21 febrero.
- cxvi. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección1ª) Sentencia núm. 299/2013 de 27 febrero.
- cxvii. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección1ª) Sentencia núm. 291/2013 de 14 marzo.
- cxviii. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección1ª) Sentencia núm. 365/2013 de 20 marzo.
- cxix. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección1ª) Sentencia núm. 278/2013 de 26 marzo.
- cxx. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección1ª) Sentencia núm. 364/2013 de 25 abril.

- cxxi. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección1ª) Sentencia núm. 649/2013 de 11 junio.
- cxxii. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección1ª) Sentencia núm. 661/2013 de 15 julio.
- cxxiii. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección1ª) Sentencia núm. 662/2013 de 18 julio.
- cxxiv. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección1ª) Sentencia núm. 670/2013 de 19 julio.
- cxxv. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección1ª) Sentencia núm. 679/2013 de 25 julio.
- cxxvi. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección1ª) Sentencia núm. 686/2013 de 29 julio.
- cxxvii. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección1ª) Sentencia núm. 704/2013 de 25 septiembre.
- cxxviii. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección1ª) Sentencia núm. 696/2013 de 26 septiembre.
- cxxix. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección1ª) Sentencia núm. 715/2013 de 27 septiembre.
- cxxx. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección1ª) Auto núm. 1895/2013 de 3 octubre.
- cxixi. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección1ª) Sentencia núm. 795/2013 de 7 octubre.

- cxxxii. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección1ª) Sentencia núm. 793/2013 de 28 octubre.
- cxxxiii. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección1ª) Sentencia núm. 803/2013 de 31 octubre.
- cxxxiv. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección1ª) Sentencia núm.841/2013 de 18 noviembre.
- cxxxv. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección1ª) Sentencia núm. 863/2013 de 19 noviembre.
- cxxxvi. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección1ª) Sentencia núm. 864/2013 de 19 noviembre.
- cxxxvii. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección1ª) Sentencia núm. 874/2013 de 21 noviembre.
- cxxxviii. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección1ª) Sentencia núm. 867/2013 de 28 noviembre.
- cxxxix. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección1ª) Sentencia núm. 912/2013 de 4 diciembre.
- cxl. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección1ª) Sentencia núm. 17/2014 de 28 enero.
- cxli. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección1ª) Sentencia núm. 16/2014 de 30 enero.
- cxlii. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección1ª) Sentencia núm. 84/2014 de 5 febrero.

- cxliii. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) Sentencia núm. 95/2014 de 20 febrero.
- cxliv. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección1ª) Sentencia núm. 167/2014 de 27 febrero.
- cxlv. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) Sentencia núm. 255/2014 de 19 marzo.
- cxlvi. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) Sentencia núm. 215/2014 de 20 marzo.
- cxlvii. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) Sentencia núm. 229/2014 de 25 marzo.
- cxlviii. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) Sentencia núm. 321/2014 de 3 abril.

b) Acuerdos del Pleno no jurisdiccional

- i. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección Única) Acuerdo de 26 mayo 2009.
- ii. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección Única) Acuerdo de 13 diciembre 2013.

- Sala de lo Contencioso-Administrativo

- i. Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección7ª) Auto de 25 marzo 1993.
- ii. Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección6ª) Auto de 25 marzo 1993.

- iii. Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección6ª)
Sentencia de 27 abril 2005.
- iv. Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección6ª)
Sentencia de 19 septiembre 2007.
- v. Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección6ª)
Sentencia de 20 octubre 2010.
- vi. Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección6ª)
Sentencia de 23 noviembre 2010.
- vii. Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección6ª)
Sentencia de 23 noviembre 2010.
- viii. Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección4ª)
Sentencia de 14 octubre 2011.
- ix. Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección4ª)
Sentencia de 14 febrero 2012.
- x. Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección4ª)
Sentencia de 29 abril 2013.

- Sala Especial del artículo 61 LOPJ

- i. Tribunal Supremo (Sala Especial del art. 61 LOPJ) Auto de 20 junio 2011.
- ii. Tribunal Supremo (Sala Especial del art. 61 LOPJ) Auto de 13 diciembre 2011.

- **Audiencia Nacional**

- i. Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª) Sentencia de 30 junio 2010.
- ii. Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª) Sentencia de 17 enero 2011.

- **Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas**

- i. Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Granada (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª) Auto de 18 septiembre 2007.
- ii. Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Granada (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª) Auto núm. 82/2008 de 24 noviembre.
- iii. Tribunal Superior de Justicia de Murcia, (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª) Auto núm. 14/2010 de 30 julio.
- iv. Tribunal Superior de Justicia de Madrid, (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª) Auto núm. 28/2010 de 25 marzo.
- v. Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª) Auto núm. 84/2013 de 25 de julio.

- **Audiencias Provinciales**

- i. Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 3ª) Sentencia de 24 octubre 2002.

- ii. Audiencia Provincial de Lleida (Sección 1ª) Sentencia núm. 457/2005 de 12 diciembre.
- iii. Audiencia Provincial de Madrid (Sección 3ª) Sentencia núm. 164/2011 de 13 junio.
- iv. Audiencia Provincial de Burgos (Sección 1ª) Sentencia núm. 61/2011 de 24 febrero.
- v. Audiencia Provincial de Palma de Mallorca (Sección 2ª) Sentencia núm. 60/2012 de 31 mayo.
- vi. Audiencia Provincial de Palma de Mallorca (Sección 2ª) Sentencia núm. 90/2012 de 8 octubre
- vii. Audiencia Provincial de Málaga, Sección Primera, Sentencia núm. 535/2013 de 4 octubre.

- **Tribunal Europeo de Derechos Humanos**

- i. Sentencia de 12 de julio de 1988, caso *Schenk* c. Suiza.
- ii. Sentencia de 8 de junio de 1996, caso *Murray* c. Reino Unido.
- iii. Sentencia de 2 de mayo de 2000, caso *Condrom* c. Reino Unido.
- iv. Sentencia de 3 de mayo de 2001, caso *J.B. c. Suiza*.
- v. Sentencia de 8 de abril de 2004, caso *Weh* c. Austria.
- vi. Sentencia de 4 de abril de 2006, caso *Corsacov* c. *Moldavia*.
- vii. Sentencia de 25 de abril de 2006, caso *Puig Panella* c. España.

- viii. Sentencia de 11 de julio de 2006, caso *Jalloh c. Alemania*.
- ix. Sentencia de 10 de abril de 2008, caso *Dzeladinov y otros c. Macedonia*.
- x. Sentencia de 1 de junio de 2010, caso *Gäfgen c. Alemania*.
- xi. Sentencia de 28 de junio de 2011, caso *Lizaso Azconobieta c. España*
- xii. Sentencia de 13 de julio de 2010, caso *Tendam c. España*.
- xiii. Sentencia de 22 de noviembre de 2011, caso *Lacadena Calero c. España*.
- xiv. Sentencia de 16 de octubre de 2012, caso *Otamendi Egiguren c. España*.
- xv. Sentencia de 8 de octubre de 2013, caso *Nieto Macero c. España*.
- xvi. Sentencia de 8 de octubre de 2013, caso *Román Zurdo y otros c. España*.
- xvii. Sentencia 12 de noviembre de 2013, caso *Sainz Casla c. España*.
- xviii. Sentencia de 19 de diciembre de 2013, caso *Yuriy Volkov c. Ucrania*.

- **Corte Suprema Federal norteamericana**

- i. Sentencia caso *Weeks v. United States*, 232 U.S. 383(1914).
- ii. Sentencia caso *Silverthorne Lumber Co. v. United States*, 251 U.S. 385 (1920).

- iii. Sentencia caso *Powell v. State of Alabama*, 287 U.S. 45, 53 S.Ct. 55, 77 L. Ed. 158 (1932).
- iv. Sentencia caso *Brown v. Mississippi*, 297 U.S. 278 (1936).
- v. Sentencia caso *Nardone v. U.S.*, 308 U.S. 338 (1939).
- vi. Sentencia caso *Chambers v. Florida*, 309 U.S. 227 (1940).
- vii. Sentencia caso *Ward v. Texas*, 316 U.S. 547 (1942).
- viii. Sentencia caso *Ashcraft v. Tennessee*, 322 U.S. 143, 64 S.Ct. 921, 88 L.Ed. 1192 (1944).
- ix. Sentencia caso *Watts v. Indiana*, 338 U.S. 49, 69 S.Ct. 1357, 93 L.Ed. 1801 (1949).
- x. Sentencia caso *Wolf v. Colorado*, 338 U.S. 25(1949).
- xi. Sentencia caso *Rochin v. California*, 342 U.S. 165(1.952).
- xii. Sentencia caso *In re Groban et alt*, 352 U.S. 330 (1957).
- xiii. Sentencia caso *Crooker v. California*, 357 U.S. 433 (1958).
- xiv. Sentencia caso *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643(1961).
- xv. Sentencia caso *Wong Sun et Al. v. United States*, 371 U.S. 471 (1963).
- xvi. Sentencia caso *Massiah v. United States*, 377 U.S. 201, 84 S.Ct. 1199, 12 L. Ed.2d 246 (1964).
- xvii. Sentencia *Escobedo v. Illinois*, 378 U.S. 478, 84 S.Ct. 1758, 12 L. Ed.2d 977 (1964).

- xviii. Sentencia caso *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436, 86 S.Ct. 1602, 16 L. Ed.2d 694 (1966).
- xix. Sentencia caso *Alderman v. United States*, 394 U.S. 165 (1969).
- xx. Sentencia caso *United States v. Alford*, 400 U.S. 25 (1970).
- xxi. Sentencia caso *Michigan v. Tucker*, 417 U.S. 433 (1974).
- xxii. Sentencia caso *United States v. Calandra*, 414 U.S. 338 (1974).
- xxiii. Sentencia caso *Brown v. Illinois*, 422 U.S. 590 (1975).
- xxiv. Sentencia caso *Ceccolini v. United States*, 435 U.S. 268 (1978).
- xxv. Sentencia caso *Rhode Island v. Innis*, 446 U.S. 291, 100 S.Ct. 1682, 64 L.Ed.2d 297 (1980).
- xxvi. Sentencia caso *U.S. v. Crews*, 445 U.S. 463 (1980).
- xxvii. Sentencia caso *Nix v. Williams*, 467 U.S. 431 (1984).
- xxviii. Sentencia caso *Segura v. United States*, 468 U.S. 796 (1984).
- xxix. Sentencia caso *U.S. v. Leon*, 468 U.S. 897 (1984).
- xxx. Sentencia caso *Miller v. Fenton*. 474 U.S. 104 (1985).
- xxxi. Sentencia caso *United States v. Patane*, 542 U.S. 630, 124 S.Ct. 2620, 159 L. Ed.2d 667 (2004).
- xxxii. Sentencia caso *Kansas v. Ventris*, 129 S. Ct. 1841 (2009).

- xxxiii. Sentencia caso *Montejo v. Louisiana*, 129 S. Ct. 2079 (2009).
- xxxiv. Sentencia caso *Herring v. United States*, 555 U.S. 135 (2009).
- xxxv. Sentencia caso *Florida v. Powell*, 130 S. Ct. 1195 (2010).
- xxxvi. Sentencia caso *Maryland v. Shatzer*, 130 S. Ct. 1213 (2010).
- xxxvii. Sentencia caso *Berghuis v. Thompkins*, 130 S. Ct. 2250 (2010).
- xxxviii. Sentencia caso *Davis v. United States*, 564 U.S (2011)
- xxxix. Sentencia caso *Burt v. Titlow*, 571 U.S. (2013)

- **Tribunal Supremo Federal alemán**

- i. Sentencia del Tribunal Supremo Federal de 14 de junio de 1960 (BGHS 14, 358, 365).

- **Tribunal Constitucional peruano**

- i. Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 00655-2010-PHC/TC, de 27 octubre.

IX BIBLIOGRAFÍA

- AGUILERA MORALES, M., *Proceso penal y causa general*, Civitas, 2008.

- ALCALÁ-ZAMORA, N., *El allanamiento en el proceso penal*, Colección Breviarios de Derecho 50, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1962.

- ALVARADO VELLOSO, A., *Sistema Procesal: Garantía de la Libertad*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009.

- AMBOS, K., "La teoría del efecto extensivo en el derecho procesal penal estadounidense y su traslado al proceso penal alemán", *Revista General de Derecho Procesal* núm. 29, enero de 2013, Iustel (RI §413011).

- AMSTERDAM, A.G., "Perspectives on the fourth amendment", *58 Minn. L. Rev.* 349, 1.973-1.974.

- ANDRÉS IBÁÑEZ, P., "Sobre el valor de la intermediación (una aproximación crítica)", *Jueces para la democracia. Información y debate* núm. 46, marzo de 2003.

- ARANGÜENA FANEGO, C., "El derecho a la asistencia letrada en la Directiva 2013/48/UE", *Revista General de Derecho Europeo* núm. 32, enero de 2014, Iustel (RI §414328).

- ARMENTA DEU, T., *La prueba ilícita (Un estudio comparado)*, Marcial Pons, Madrid, 2011.

- *Sistemas procesales penales. La justicia penal en Europa y América*, Marcial Pons, Madrid, 2012.

- AROZAMENA LASO, C., "Prueba ilícita y control en vía casacional", *Actualidad Penal*, Tomo 2000-3.

- ARRIBAS LÓPEZ, E., "El abono de las comparecencias ante Juzgado o Tribunal en días efectivos de prisión", *Diario La Ley* núm. 1447/2014, Sección Tribuna, 7 al 13 de abril de 2014.

- ASECIO MELLADO, J.M., "Otra vez sobre la exclusión de las pruebas ilícitas en fase de instrucción penal (Respuesta al Prof. Gimeno Sendra)", *Diario La Ley* núm. 8.026, Sección Doctrina, La Ley, 19 de febrero de 2013.

- "La teoría de la conexión de antijuridicidad como instrumento de limitación de derechos fundamentales", en *Jueces para la Democracia* núm. 66, 2009.

- *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, Trivium, Madrid, 1989.

- "Prueba ilícita: declaración y efectos", *Revista General de Derecho Procesal* 26 (2012), *Iustel*.

- "La exclusión de la prueba ilícita en la fase de instrucción como expresión de garantía de los derechos fundamentales", *Diario La Ley* núm. 8.009, Sección Doctrina, La Ley, 25 de enero de 2013.

- AYARRAGAY, C.A., *El principio de la inmaculación en el proceso*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1959.

- BACIGALUPO ZAPATER, E., "Presunción de inocencia, <<in dubio pro reo>> y recurso de casación", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1988, enero-abril, Tomo XLI, fasc. I.

- BAJO FERNÁNDEZ/FEIJOO SÁNCHEZ/GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Civitas Thomson-Reuters, Pamplona, 1ª ed., 2012.

- BANACLOCHE PALAO/ZARZALEJOS NIETO/GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales*, La Ley, Madrid, 2011.

- BARONA VILAR, S., *La conformidad en el proceso penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1994.

- BELING, E., "Las prohibiciones de prueba como límite a la averiguación de la verdad en el proceso penal", conferencia pronunciada en 1.903, recogida en VV.AA. *Las prohibiciones probatorias*, Temis, Bogotá, 2009.

- BENTHAM, J., *Panóptico*, Círculo de Bellas Artes, Madrid, 2011 (Trad. David Cruz Acebedo).

- BRADLEY, C.M., "Is the Exclusionary Rule dead?", *The Journal of Criminal Law & Criminology*, Vol. 102, No. 1, *Northwestern University, School of Law*, 2012.

- BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, J., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas: aspectos procesales", *Diario La Ley* núm. 7.625, Sección Doctrina, 9 de mayo de 2011, Año XXXII, Editorial La Ley.

- BUSTOS RAMÍREZ, J.J., y HORMAZÁBAL MALARÉE, H., *Lecciones de Derecho Penal*, Trotta, Madrid, vol. I, 1997.

- BUTRÓN BALIÑA, P.M., *La conformidad del acusado en el proceso penal*, McGraw-Hill, Madrid, 1998.

- CALAMANDREI, P., *Elogio de los Jueces escrito por un Abogado*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Trad. Sentís-Medina, Buenos Aires, 1.980.

- *Fe en el Derecho* (Floencia, 21 de enero de 1940). Ed. Marcial Pons, 2009.

- CALVINHO, G., *El proceso con Derechos Humanos. Método de debate y límite al poder*, La Ley Paraguaya, Asunción, 2011.

- CAMPANER MUÑOZ, J., "Derecho penal del enemigo", Pórtico Legal, sección artículos doctrinales, 2008 (disponible en el enlace http://www.porticolegal.com/pa_articulo.php?ref=307).

- "El autoblanqueo de capitales tras la reforma penal de 2010 y sus relaciones concursales", *Sepín, Sección Doctrina*, SP/DOCT/9994, enero de 2011.

- "La necesaria consideración del autoblanqueo como acto copenado o autoencubrimiento impune", *Derecho Penal Contemporáneo. Revista Internacional* núm. 35, *Legis*, Bogotá (Colombia), abril-junio de 2011, pp. 117 y ss.

- "El valor de la mal llamada *"prueba pericial de inteligencia"* en el proceso penal", *Sepín, Sección Doctrina*, SP/DOCT/15896, diciembre de 2011.

- "Hacia el 30º aniversario de la trivialización de las detenciones ilegales. O de la inoperancia del procedimiento de *Habeas Corpus*", *Diario La Ley* núm. 8.140, 3 de septiembre de 2013, Sección Doctrina.

- "El derecho a un Juez independiente e imparcial en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos:

un enfoque crítico”, *Revista General de Derecho Procesal* núm. 31, Iustel, septiembre de 2013 (RI §413596).

- “Notas críticas sobre la novedosa regulación del estatuto penal de las empresas en España”, *Revista online Iuris* núm. 157, La Ley, 4ª semana de febrero de 2011.

- “Reflexiones de urgencia sobre las implicaciones procesales del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas y su proyectada regulación”, *Revista online Iuris* núm. 161, La Ley, 2ª semana de junio de 2011.

- “La cultura del mínimo esfuerzo probatorio: reflexiones sobre la heteroincrimación y las garantías constitucionales del proceso penal”, en VV.AA., *Derecho Procesal Garantista y Constitucional: Proceso, Garantía y Libertad*, Corporación Universitaria Remington, Medellín, 2014, pp. 193 a 212.

- CAMPANER MUÑOZ, J. y ALARCÓN ALCARAZ, J., “Límites y efectos de la perpetuación de la declaración del imputado”, *Diario La Ley* núm. 7.382, año XXXIII, Sección Tribuna, 4 de abril de 2012.

- CARMONA RUANO, M., “De nuevo la nulidad de la prueba: ¿es indiferente el momento en que puede declararse?”, *Revista Jueces para la Democracia*, núm. 25, marzo de 1996, Teoría/Práctica de la Jurisdicción.

- CARNELUTTI, F., *La prueba civil*, Trad. de N. Alcalá-Zamora, Depalma, Buenos Aires, 1982.

- *Los males del proceso penal*. Hemos manejado la edición de la Librería EL FORO (Colección Clásicos del Derecho), Buenos Aires, 2006 (Trad. de N. Vázquez).

- CAROFIGLIO, G., *El arte de la duda*, Trad. L. Juanatey, Marcial Pons, Madrid, 2010.

- CASTRO MORENO, A., "Sobre la atenuante analógica de detenciones, registros e intervenciones ilegales: nuevo escenario procesal", *La Ley Penal: revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, núm. 78, La Ley, enero de 2011.

- CHOCLÁN MONTALVO, J.A., "La prueba videográfica en el proceso penal: validez y límites", *Revista del Poder Judicial* núm. 38, junio de 1995.

- CHOZAS ALONSO, J.M., "Breve reflexión sobre la prueba ilícita en el proceso penal español", en *La prueba ilícita en el procedimiento penal*, México, 2007.

- "La conformidad penal española y el *patteggiamento* italiano. Breve estudio de derecho comparado", *La Ley Penal: revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, núm. 104, La Ley, septiembre-octubre de 2013.

- CLIMENT DURÁN, C., *La prueba penal (Doctrina y Jurisprudencia)*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999.

- CONTI, C., *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, Cedam, Padova, 2007.

- CORDERO, F., "Nullità, sanatorie, vizi inocui", *Rivista italiana di diritto e procedura penales*, 1961.

- DE CASTRO, P., *Defensa de la tortura y leyes patrias que la establecieron: e impugnación [sic.] del Tratado que escribió contra ella el Doctor Alfonso María de Acevedo*, Miguel Escribano, Madrid, 1.778, editado por Maxtor, Valladolid, 2009.

- DE DIEGO DíEZ, L.A., *La conformidad del acusado*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997.

- DE LA OLIVA SANTOS, A., "Disponibilidad del objeto, conformidad del imputado y vinculación del Tribunal a las pretensiones en el proceso penal", en *Revista General de Derecho*, núm. 577-578, octubre-noviembre 1992.

- "Sobre la ineficacia de las pruebas ilícitamente obtenidas", en DE LA OLIVA SANTOS, A., *Escritos sobre Derecho, Justicia y Libertad*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2006.

- "Presunción de inocencia, prueba de cargo y sentencia de conformidad", en GÓMEZ COLOMER, J.L. (Coord.), *Prueba y proceso penal. Análisis especial de la prueba prohibida en el sistema español y en el derecho comparado*, Ed. Tirant lo Blanch Tratados, Valencia, 2008.

- DE LA ROSA CORTINA, J.M., *Confesiones. Declaraciones de Imputados y Acusados. Coimputados, Testigos Imputados y Testigos Condenados*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2012.

- DEL MORAL GARCÍA, A., "Tratamiento procesal de la prueba ilícita por vulneración de derechos fundamentales", *Estudios Jurídicos V-2001*, Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, Madrid, 2001.

- "Verdad y Justicia Penal", *Ética de las profesiones jurídicas. Estudios sobre deontología*, vol. I. Universidad Católica de San Antonio, Murcia, 2003.

- "Interrogatorio del acusado. La valoración de sus declaraciones", Ponencia presentada en el Curso del Plan de Formación de Fiscales "Prueba en el proceso penal. Enfoque práctico respecto a la prueba a practicar en el juicio oral" dirigido por José Peral's Calleja organizado por la

Asociación Profesional e Independiente de Fiscales, celebrado en Oviedo los días 5 a 7 de noviembre de 2007 (texto inédito facilitado por su autor).

- “Peculiaridades del juicio oral con personas jurídicas acusadas”, en VV.AA., *El juicio oral en el proceso penal. Especial referencia al procedimiento abreviado*, Comares, Granada, 2010.
- “Últimas tendencias en materia de prueba ilícita”, Ponencia presentada en el Encuentro de la Sala Segunda del Tribunal Supremo con Magistrados/as de lo Penal celebrado en el marco del programa de formación continuado para la Carrera Judicial para 2013, Centro de Estudios Jurídicos. Disponible en http://www.cej-mjusticia.es/cej_dode/flash/ebook/cejebook.jsp (última consulta: 4 de febrero de 2014).
- DENTI, V., “Nullità degli atti processuali civil”, *Novissimo Digesto Italiano*, T. XI, Ed. UTET, Torino, 1965.
- DE SANTO, V., *Nulidades procesales*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1999.
- DÍAZ CABIALE, J.A. y MARTÍN MORALES, R., *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, Civitas, Madrid, 2001.
- DÍAZ PITA, M.P., *El coimputado*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000.
- DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, Ariel Derecho, Barcelona, 2012.
- ECHARRI CASI, F.J., “Las personas jurídicas y su imputación en el proceso penal: una nueva perspectiva de las garantías constitucionales”, *Diario La Ley* núm. 7.632, Sección Doctrina, 18 de mayo de 2011, Año XXXII, Editorial La Ley.

- ESCOBAR, R.T., *El interrogatorio en la investigación criminal. Confesión y torturas. Psicología, sociología, psicopatología. Técnicas para la investigación del delito*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1987.

- ESCOBAR JIMÉNEZ, R., “El interrogatorio del acusado”, en VV.AA., *El Juicio Oral en el Proceso Penal (Especial referencia al procedimiento abreviado)*, Comares, Granada, 2010.

- EYMERICO, N., *Manual de Inquisidores para uso de las Inquisiciones de España y Portugal*, Mompeller, 1.821, Trad. de F. Marchena, editada por Maxtor, Valladolid, 2010.

- FENECH NAVARRO, M., *El proceso penal*, Ed. Agesa, Madrid, 1978.

- FERNÁNDEZ ENTRALGO, J., “Prueba ilegítimamente obtenida”, *Diario La Ley*, 1990, Tomo 1, pp. 1.180 y ss.

- “Las reglas del juego. Prohibición de hacer trampas: la prueba ilegítimamente obtenida”, en VV.AA., *La prueba en el proceso penal (II)*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1996.

- FERNÁNDEZ LÓPEZ, M., *Prueba y presunción de inocencia*, Iustel, Madrid, 2005.

- FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 1995.

- *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, edición de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, Trotta, Madrid, 2001.

- *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, 6ª edición, 2009 (Trad. de Andrés Ibáñez y Andrea Greppi).

- FIDALGO GALLARDO, C., *Las “pruebas ilegales”: de la exclusionary rule estadounidense al artículo 11.1 LOPJ*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003.

- GÁLVEZ MUÑOZ, L., *La ineficacia de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales*, Cizur Menor, Aranzadi, Navarra, 2003.

- GARCÍA MUÑOZ, P.L., “Declaraciones de los sometidos al proceso penal en calidad de sospechosos, imputados o acusados”, en *Estudios sobre prueba penal* (Dir. ABEL LLUCH, X., y RICHARD GONZÁLEZ, M.), Volumen II, La Ley, Madrid, 2011.

- GARRIDO LORENZO, M.A., “Valoración en el juicio oral de la prueba y conexión de antijuricidad”, *Diario La Ley* núm. 7573, Sección Tribuna, La Ley, 21 de febrero de 2011.

- GASCÓN INCHAUSTI, F., *El control de la fiabilidad probatoria: <<Prueba sobre la prueba>> en el proceso penal*, Ediciones Revista General de Derecho, Valencia, 1999.

- “Justicia penal negociada y nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal. Algunas reflexiones críticas a la luz de la experiencia jurídica estadounidense”, en prensa, facilitado por su autor.

- *Proceso penal y persona jurídica*, Marcial Pons, Madrid, 2012.

- “Lizaso Azconobieta c. España (STEDH de 28 de junio de 2011). Dimensión extraprocesal de la presunción de inocencia y derecho al honor”, en VV.AA., *Conflicto y diálogo con Europa. Las condenas a España del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, ALCÁCER GUIRAO, BELADÍEZ ROJO y SÁNCHEZ TOMÁS (Coords.), Civitas, Madrid, 2013, pp. 351 a 383.

- GASCÓN INCHAUSTI, F. y AGUILERA MORALES, M., *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: comentario a la Ley 38/2002 y a la Ley Orgánica 8/2002, de 24 de octubre*, Thomson-Civitas, Madrid, 2003.

- GASPAR, G., *La confesión*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1988.

- GIMÉNEZ PERICÁS, A., "Sobre la prueba ilícitamente obtenida", *EGUZKILORE*, Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología. San Sebastián, núm. 6, 1992.

- GIMENO SENDRA, V., *Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional*, Colex, Madrid, 1ª edición, 2007.

- "Las intervenciones telefónicas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo", *Diario La Ley* núm. 4024, La Ley, 26 de abril de 1996.

- "Corrupción y propuestas de reforma", *Diario La Ley* núm. 7.990, Sección Doctrina, La Ley, 26 de diciembre de 2012.

- "La improcedencia de la exclusión de la prueba ilícita en la instrucción (contestación al artículo del Prof. ASENSIO)", *Diario La Ley* núm. 8.021, Sección Tribuna, La Ley, 12 de febrero de 2013.

- "La improcedencia de la exclusión de la prueba ilícita en la instrucción (contestación a la réplica del Prof. ASENSIO)", *Diario La Ley* núm. 8.027, Sección Tribuna, 20 de febrero de 2013.

- en VV.AA., *Derecho Procesal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1992.

- *Manual de Derecho Procesal Penal*, Colex, Madrid, 2010.

- GÓMEZ COLOMER, J.L., "La evolución de las teorías sobre la prueba prohibida aplicadas en el proceso español: del expansionismo sin límites al

más puro reduccionismo. Una meditación sobre su desarrollo futuro inmediato", en GÓMEZ COLOMER (Coord.), *Prueba y proceso penal. Análisis especial de la prueba prohibida en el sistema español y en el derecho comparado*, Tirant lo Blanch Tratados, Valencia, 2008.

- *Introducción al proceso penal federal de los Estados Unidos de Norteamérica*, en GÓMEZ COLOMER (Coord.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013.

- GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., "Nuevas tendencias en materia de prueba ilícita: El caso *Hudson v. Michigan* y el ocaso de la *Exclusionary Rule* en EEUU", *Revista de Derecho y Proceso Penal*, Aranzadi, núm. 20, 2008.

- *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Bases teóricas, regulación internacional y nueva legislación española*, editorial B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2010.

- GÓMEZ ORBANEJA, E. y HERCE QUEMADA, V., *Derecho Procesal Penal*, Artes Gráficas y Ediciones, S.A., Madrid, 1987.

- GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Colex, Madrid, 1990.

- GONZÁLEZ MONTES, J.L., "La prueba ilícita", *Persona y Derecho*, vol. 54 (2006), Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra.

- GÖSSEL, K.H., "La búsqueda de la verdad en el proceso penal. Aspectos jurídico-constitucionales y político-criminales", *Cuadernos de Política Criminal*, Instituto Universitario de Criminología, Universidad Complutense de Madrid, núm. 45, Edersa, 1991 (Trad. de M. Polaino Navarrete).

- GRANO, J.D., *Confessions, Truth, and the Law*, Ann Arbor, The University of Michigan Press, 1993.

- GREEN, B.A.: "The good faith exception to the fruit of the poisonous tree doctrine", *Criminal Law Bulletin*, nov.- dec. 1990, pp. 509 a 533.

- GUARIGLIA, F., *Concepto, fin y alcance de las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal*, Editores del Puerto, Paraná, 2005

- HAIRABEDIÁN, M., *Eficacia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal Ad Hoc*, Buenos Aires, 2ª edición, 2010.

- HELMHOLZ, R.H., GRAY, C.M., LANGBEIN, J.H., MOGLEN, E., SMITH, H.E. y ALSCHULER, A.W., *The privilege against self-incrimination. Its origins and development*, The University Chicago Press, Chicago & London, 1997.

- HUERTAS MARTÍN, M.I., *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de prueba*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1999.

- IHERING, R.V., *La Lucha por el Derecho*, Comares, Granada, 2008 (Trad. de A. Posada).

- ISRAEL, J.H., KAMISAR, Y., LAFAVE, W.R., KING, N.J., *Proceso Penal y Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica. Casos destacados del Tribunal Supremo y texto introductorio*, Equipo investigador y traductor coordinado por GÓMEZ COLOMER, J.L., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012.

- JAKOBS, G. y CANCIO MELIÁ, M., *Derecho penal del enemigo*, Civitas, 2ª edición, 2006.

- JIMENO BULNES, M., "El proceso penal en los sistemas del *common law* y *civil law*: los modelos acusatorio e inquisitivo en pleno siglo XXI", *Justicia*, 2013, núm. 2, pp. 201 a 304.

- JORGE BARREIRO, A., "La prueba ilícita en el proceso penal", *Recopilación de Ponencias y Comunicaciones. Planes Provinciales y Territoriales de Formación*, año 1992, Volumen II, C.G.P.J., Madrid, 1993.

- KAPLAN, J. "The Limits of the Exclusionary Rule", *Stanford Law Review* vol. 26, núm. 5, mayo de 1974.

- LAFAVE, W.R., "The smell of Herring: a critique of the Supreme Court's latest assault on the Exclusionary Rule", *The Journal of Criminal Law & Criminology*, Vol. 99, No. 3, *Northwestern University, School of Law*, 2009.

- "Search and Seizure. A treatise on the Fourth Amendment", 3ª edición, 1996.

- LANGBEIN, J.H., "Sobre el mito de las constituciones escritas: la desaparición del juicio penal por jurados", *Harvard Journal of Law and Public Policy*, vol. 15, núm. 1, versión publicada en *Nueva Doctrina Penal*, Editores Del Puerto, Buenos Aires, t. 1996/A (Trad. de A. Bovino y C. Courtis).

- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*, Akal, Madrid, 1989.

- *El derecho a guardar silencio y no incriminarse*, Manuales de Formación Continuada, CGPJ, Madrid, 2004.

- *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Aranzadi, Navarra, 2010.

- LÓPEZ YAGÜES, V., *La inviolabilidad de las comunicaciones con el abogado defensor*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003.

- LORCA NAVARRETE, A. Mª, *El problema de la Administración de Justicia en España*, Edición Instituto Vasco de Derecho Procesal, Bilbao, 1989.

- LOZANO EIROA, M., "Prueba prohibida y confesión: la excepción de la <<conexión de antijuridicidad>>", *Revista General de Derecho Procesal* núm. 28 (2012), Iustel.

- *La declaración de los coimputados en el proceso penal*, Thomson Reuters, Civitas, Navarra, 1ª edición, 2013.

- MAGRO SERVET, V., Manual práctico de actuación policial-judicial en medidas de limitación de derechos fundamentales, La Ley, Madrid, 2006.

- MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., La atenuante analógica de dilaciones indebidas. Analogía e interpretación. El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, Madrid, 2007.

- MANZANARES SAMANIEGO, J.L., "La responsabilidad patrimonial por prisión provisional", *Diario La Ley* núm. 7761, Sección Doctrina, La Ley, 23 de diciembre de 2011.

- "El abono de las medidas cautelares en la duración de las penas", *Diario La Ley* núm. 1744/2014, Sección Doctrina, 21 al 27 de abril de 2014.

- MARCHENA GÓMEZ, M. y LOZANO-HIGUERO PINTO, M., *La vulneración de los derechos fundamentales en el procedimiento abreviado y el principio de saneamiento en el proceso penal*, Comares, Granada, 1994.

- MARCHENA GÓMEZ, M., "El juicio oral. Cuestiones previas", en VV.AA., *El juicio oral en el proceso penal (especial referencia al procedimiento abreviado)*, Colección de Estudios de Derecho Procesal Penal núm. 26, Comares, Granada, 2010.

- MARCOLINI, S., *Il patteggiamento nel sistema della Giustizia penale negoziata. L'accertamento della responsabilità nell'applicazione della pena*

su richiesta delle parti tra ricerca di efficienza ed esigenze di garanzia, Giuffrè Editore, Milano, 2005.

- MARTÍNEZ GARCÍA, E., "Análisis de la 'tesis de la desvinculación de la antijuricidad': una explicación de sus límites basada en el derecho al proceso y sus garantías (art. 24.2 CE)", *Teoría y Derecho: Revista de pensamiento jurídico*, núm. 9, 2001.

- *Eficacia de la prueba ilícita en el proceso penal (a la luz de la STC 81/98, de 2 abril)*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003.

- MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., *La imputación objetiva del resultado*, Edersa, Madrid, 1992.

- MARTÍN PASTOR, J., en VV.AA. (Dir. y Coord.: ORTELLS RAMOS, M. y TAPIA FERNÁNDEZ, I.) *El Proceso Penal en la Doctrina del Tribunal Constitucional (1981-2004)*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 1ª edición, 2005.

- McGARR, FRANK J., "The exclusionary rule: an ill conceived and ineffective remedy", *52 J. Crim. L. Criminology & Police Sci.* 266, 1961.

- MILLS, B., "Is silence still golden? The implications of *Berghuis v. Thompkins* on the right to remain silent", *Loyola of Los Angeles Law Review*, 2011, vol. 44, pp. 1.179 a 1.195.

- MIRANDA ESTRAMPES, M., "La prueba ilícita: la regla de exclusión probatoria y sus excepciones", *Revista Catalana de Seguretat Pública*, núm. 22, Barcelona, mayo de 2010, pp. 131 a 151.

- *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2ª edición, 2004.

- "La regla de exclusión de la prueba ilícita: historia de su nacimiento y de su progresiva limitación", *Revista Jueces para la Democracia* núm. 47, 2003.

- "La declaración del coimputado como prueba de cargo suficiente: análisis desde la perspectiva de la doctrina del TC (Radiografía de un giro constitucional involucionista)", *Revista Xurídica Galega*, núm. 58, 2009.

- "La regla de exclusión de la prueba ilícita y sus excepciones (Análisis comparado de diferentes modelos explicativos)", pendiente de publicación, facilitado por el autor.

- *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, José María Bosch Editor, Barcelona, 1997.

- "La regla de exclusión en el sistema estadounidense (crónica de una muerte anunciada)", en *Concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal. Especial Referencia a la Exclusionary Rule Estadounidense*, Ubijus, México, 2013, pp. 271 a 313.

- MIR PUIG, S., "Significado y alcance de la imputación objetiva en Derecho Penal", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2003, núm. 05-05, pp. 05:01 a 05:19. Disponible en el enlace <http://criminet.ugr.es/recpc/05/recpc05-05.pdf>

- MIRA ROS, C., *Régimen actual de la conformidad*, Colex, Madrid, 1998.

- MONTERO AROCA, J., *Principios del proceso penal. Una explicación basada en la razón*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997.

- *La prueba en el proceso civil*, Civitas, Navarra, 2005.

- MORENO CATENA, V., "Los elementos probatorios obtenidos con la afectación de derechos fundamentales durante la investigación penal", en GÓMEZ COLOMER, J.L. (Coord.), *Prueba y proceso penal. Análisis especial de la prueba prohibida en el sistema español y en el derecho comparado*, Tirant lo Blanch Tratados, Valencia, 2008.

- MORENO VERDEJO, J., "La conformidad", en VV.AA., *El juicio oral en el proceso penal (especial referencia al procedimiento abreviado)*, Colección de Estudios de Derecho Procesal Penal núm. 26, Comares, Granada, 2010.

- MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002.

- NAVARRO MASSIP, J., "Conductas delictivas en el ejercicio del derecho de defensa", *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 2/2013, parte Comentario.

- NIEVA FENOLL, J., *La duda en el proceso penal*, Marcial Pons, Madrid, 2013.

- NISTAL BURÓN, J. "Vicisitudes penitenciarias de la prisión preventiva. Régimen penitenciario y principio constitucional de «presunción de inocencia»", *Diario La Ley* núm. 7.282, Sección Doctrina, La Ley, 12 de noviembre de 2009.

- NOTE, "The Inevitable Discovery Exception to the Constitutional Exclusionary Rules", *74 Columbia Law Review* 88 (1974).

- OLLÉ SESÉ, M., "Intervenciones telefónicas", en VV.AA., *La prueba en el proceso penal. Su práctica ante los Tribunales*, Colex, Madrid, 1999, pp. 205 a 254.

- ORTELLS RAMOS, M., en VV.AA., *Derecho Jurisdiccional*, Tomo III, José María Bosch Editor, Barcelona, 1991.

- PASTOR BORGONÓN, B., “Eficacia en el proceso de las pruebas ilícitamente obtenidas”, *Justicia* 2/1986.

- PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A.J., *El interrogatorio del acusado (Reflexiones a la luz de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo)*, Civitas Thomson-Reuters, Navarra, 2011.

- PICÓ I JUNOY, J., *El derecho a la prueba en el proceso civil*, J. M^a Bosch Editor, Barcelona, 1996.

- “Nuevas perspectivas sobre el alcance anulatorio de las pruebas ilícitas”, *Diario La Ley* núm. 4.213 de 23 de enero de 1997.

- “El principio de adquisición procesal en materia probatoria”, *Diario La Ley* núm. 6.404, Sección Doctrina, La Ley, 20 de enero de 2006.

- “El derecho a la prueba en el proceso penal. Luces y sombras”, en *Estudios sobre prueba penal* (Dir. ABEL LLUCH, X. y RICHARD GONZÁLEZ, M.), Volumen I, La Ley, Madrid, 2010.

- PIERRO, G., *Una nuova specie d’invalidità: l’inutilizzabilità degli atti processuali penali*, Edizioni Scientifiche Italiane, Pubblicazioni dell’Università degli Studi di Salerno, Sezioni di Studi Giuridici, 14, Napoli, 1992.

- PIETRO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, L., “Pactos privados sobre la prueba”, *Trabajos y orientaciones sobre derecho procesal*, Ed. Edersa, Madrid, 1954.

- PIZZI, W.T., *Juicios y mentiras. Crónica de la crisis del sistema procesal penal estadounidense*, Tecnos, Madrid, 2004 (Estudio introductorio, traducción y notas a la edición española de CARLOS FIDALGO GALLARDO).

- PLANCHAT TERUEL, J.M., “Prueba ilícita. Fundamento y tratamiento”, en *Estudios sobre prueba penal* (Dir. ABEL LLUCH, X. y RICHARD GONZÁLEZ, M.), Volumen I, La Ley, Madrid, 2010.

- PRIMUS, E.B., “The illusory right to counsel”, *37 Ohio N.U. L. Rev.* 597 (2011).

- QUINTERO OLIVARES, G., *Curso de Derecho Penal. Parte General*, CEDECS, Barcelona, 1996.

- RICCI ALBERGOTTI, G., “Le prove illecite nel processo civile”, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile* 1/1987.

- RIFÁ SOLER, J.M., “Actos de investigación, actos de instrucción y actos de prueba”, en *Estudios sobre prueba penal* (Dir. ABEL LLUCH, X. y RICHARD GONZÁLEZ, M.), Volumen I, La Ley, Madrid, 2010.

- RODRÍGUEZ LAINZ, J.L., *La confesión del imputado derivada de prueba ilícitamente obtenida*, Bosch, Barcelona, 2005.

- “*Exclusionary rules* y garantías procesales en el ordenamiento procesal penal español”, *Diario La Ley* núm. 8.203, Sección Doctrina, 2 de diciembre de 2013, Editorial La Ley.

- RODRÍGUEZ RAMOS, L., “La irresponsabilidad patrimonial de la Administración de Justicia. El Ancien Régime aún persiste en el siglo XXI”, *Diario La Ley* núm. 7.835, Sección Doctrina, 11 de abril de 2012, Año XXXIII, Editorial La Ley.

- “Irresponsabilidad patrimonial del Estado juzgador. Anacronismos absolutistas o totalitarios a erradicar”, *Diario La Ley* núm. 8.196, Sección Doctrina, 21 de noviembre de 2013, Año XXXIV, Editorial La Ley.

- ROMERO COLOMA, A. M^a., *El interrogatorio del imputado y la prueba de confesión*, Editorial Reus, Madrid, 2009.

- ROXIN, C., *La evolución de la Política Criminal, el Derecho Penal y el Proceso Penal*, Trad. Carmen Gómez Rivero y María del Carmen García Cantizano, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000.

- *Strafverfahrensrecht*, C.H. Beck, München, 1995.

- SALAS CALERO, L. "Aspectos materiales y procesales del principio acusatorio: problemas probatorios, prueba ilícita y procesos penales socialmente relevantes. La exclusión de pruebas ilícitamente obtenidas en el Derecho Procesal de los Estados Unidos", en *Revista del Poder Judicial* núm. 66, segundo trimestre 2002.

- SÁNCHEZ MELGAR, J., "Título V. Del procedimiento por delitos cometidos por medio de la imprenta, el grabado u otro medio mecánico de publicación", en *Enjuiciamiento Criminal. Comentarios y Jurisprudencia* (Coord. SÁNCHEZ MELGAR, J.), Volumen II, Sepín, Madrid, 2010.

- SÁNCHEZ YLLERA, I., "La prueba ilícita ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos", ponencia presentada en el curso *Las garantías del Proceso Penal en la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, correspondiente al Plan de Formación 2012, Escuela de Verano del Ministerio Fiscal. Pazo de Mariñán (A Coruña), 25 a 28 de septiembre de 2012. Pendiente de publicación, facilitada por su autor.

- "Dudas razonables: la declaración de los coimputados", *Revista Xuridica Galega*, núm. 50, 2006.

- SCHROCK, T.S. y WELSH, R.C., "Up from Calandra: The Exclusionary Rule as a Constitutional Requirement", *59 Min. L. Rev.* 251 1.974-1.975.

- SCHÜNNEMANN, B., "Crisis del procedimiento penal (¿Marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?)", Jornadas sobre la Reforma del Derecho Penal en Alemania, *Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1991.

- SEGURA ORONICH, A., *El Imputado y el Testigo ante el Juez. Psicología del Interrogatorio*, Cedecs, Barcelona, 1998.

- SENTÍS MELENDO, S., *La prueba. Los grandes temas del derecho probatorio*, Ejea, Buenos Aires, 1978.

- "In dubio pro reo", *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, núm. 2-3, 1979.

- SERRA DOMÍNGUEZ, M., "Ineficacia de los actos procesales", *Estudios de Derecho Procesal*, Ariel, Barcelona, 1969.

- "El imputado", *Estudios de Derecho Procesal*, Ariel, Barcelona, 1969.

- STEIN, F., *El conocimiento privado del juez*, Trad. De la Oliva Santos, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 1990.

- TAPIA FERNÁNDEZ, I., *La implantación generalizada de la segunda instancia en el proceso penal. Presente y futuro*, Civitas Thomson-Reuters, Navarra, 2011.

- "La responsabilidad patrimonial del Estado por la actuación de la Administración de Justicia en el ordenamiento jurídico español", *Justicia*, 2013, núm. 2, pp. 69 a 159.

- TARUFFO, M., *La prueba de los hechos*, Trotta, Madrid, 3ª edición, 2009.

- TOMÁS Y VALIENTE, F., "*In dubio pro reo*, libre apreciación de la prueba y presunción de inocencia", *Revista Española de Derecho Constitucional* núm. 20, 1987.

- URBANO DE CASTRILLO, E., "Criterios dominantes sobre la desconexión de antijuridicidad: en el especial, la confesión del acusado", *La Ley Penal: revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, núm. 58, Sección Estudios, La Ley, marzo de 2009.

- URBANO DE CASTRILLO y TORRES MORATO, *La Prueba Ilícita Penal*, Thomson-Reuters Aranzadi, 6ª edición, octubre de 2012.

- VARELA CASTRO, L., "Para una reflexión sobre el régimen de la conformidad en el procedimiento abreviado", en VV.AA., *El procedimiento abreviado*, Cuadernos de Derecho Judicial IX, CGPJ, Madrid, 1992.

- VÁZQUEZ SOTELO, J.L., *Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del Tribunal*, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1984.

- VEGAS TORRES, J., *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*, La Ley, Madrid, 1993.

- VIVES ANTÓN, T., "Consideraciones constitucionales sobre la exclusión de los "frutos del árbol emponzoñado"", *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana* núm. 4, 2002, pp. 5 a 20.

- WITMER-RICH, J., "Interrogation and the Roberts Court", *63 Florida Law Review*, 2011, pp. 1.189 y ss.

- ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos*, Tirant lo Blanch, "colección delitos" núm. 95, Valencia, 2013.